

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL  
Nº 221.999 - RS (2013/0148564-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**EMBARGANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**EMBARGANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO  
SUL**  
**EMBARGADO** : **ROGER DA SILVA MAHMUD**  
**ADVOGADO** : **ADRIANA PRAETZEL - DEFENSORA PÚBLICA E  
OUTROS**

**EMENTA**

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. CRIME DE FURTO. REITERAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE OU NÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE QUINTA E SEXTA TURMAS. 2. VERDADEIRO BENEFÍCIO NA ESFERA PENAL. RISCO DE MULTIPLICAÇÃO DE PEQUENOS DELITOS. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO CASO CONCRETO. 3. AGENTE REINCENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RESSALVA DO CASO CONCRETO. MEDIDA QUE PODE SE MOSTRAR SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. 4. ANÁLISE FÁTICA E PROBATÓRIA. COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 5. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSEGUIR NO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Furto: embora existam vetores que orientam o exame da conduta e do comportamento do agente, bem como da lesão jurídica provocada, não há consenso sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância nos casos em que fica demonstrada a reiteração criminosa. Para a Sexta Turma, o passado delitivo não impede a aplicação da benesse; para a Quinta Turma, entretanto, as condições pessoais negativas do autor inviabilizam o benefício.

2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível,

assim, o efetivo exame das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é reincidente e possui maus antecedentes não faz jus a benesses jurídicas.

**3.** Nesse encadeamento de ideias, entendo ser possível firmar a orientação no sentido de que **a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.**

**4.** Apenas as instâncias ordinárias, que se encontram mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário, têm condições de realizar o exame do caso concreto, por meio da valoração fática e probatória a qual, na maioria das vezes, possui cunho subjetivo, impregnada pelo livre convencimento motivado. Dessa forma, não tendo as instâncias ordinárias apresentado nenhum elemento concreto que autorizasse a aplicação excepcional do princípio da bagatela, entendo que deve prevalecer o óbice apresentado nos presentes autos.

**5. Acolhidos** os embargos de divergência para reformar o acórdão embargado, dando provimento ao agravo regimental para dar provimento ao agravo em recurso especial, reformando o acórdão do Tribunal de origem para cassar a sentença absolutória, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau, para que, superada a insignificância, prossiga na instrução, se necessário, ou no julgamento da ação penal.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, acolher os embargos de divergência, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau, para que, superada a insignificância, prossiga na instrução, se necessário, ou no julgamento da ação penal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que negava provimento aos embargos de divergência, e ressalvados os entendimentos dos Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Nefi Cordeiro quanto à impossibilidade de se considerar a reincidência como fator impeditivo para a aplicação do princípio da insignificância. Votou vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer (com ressalva), Jorge Mussi (com ressalva), Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro (com ressalva) e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. A Dra. Zélia Oliveira Gomes (Subprocuradora-Geral da República) sustentou oralmente pelo embargante. O

# *Superior Tribunal de Justiça*

Dr. Rafael Raphaelli (Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul) sustentou oralmente pelo embargado.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL  
Nº 221.999 - RS (2013/0148564-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**EMBARGANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**EMBARGANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO  
SUL**  
**EMBARGADO** : **ROGER DA SILVA MAHMUD**  
**ADVOGADO** : **ADRIANA PRAETZEL - DEFENSORA PÚBLICA E  
OUTROS**

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA  
FONSECA (Relator):**

Trata-se de embargos de divergência interpostos pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 363/391) e pelo Ministério Público Federal (fls. 340/360) contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 221.999/RS, de relatoria da Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE).

A propósito, colaciono a ementa do mencionado acórdão (fl. 324):

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. BEM JURÍDICO TUTELADO DE VALOR ÍNFIMO (MOCHILA NO VALOR DE R\$ 69,00 RESTITUÍDA À VÍTIMA). REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER PESSOAL QUE NÃO OBSTA O RECONHECIMENTO DO CRIME DE BAGATELA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em especial desta 6ª Turma, é firme no sentido de que a análise de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, não constituem óbice ao reconhecimento dos crimes de bagatela. 2. A decisão impugnada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, uma vez que o agravante não foi capaz de mostrar seu desacerto. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

Ambos os embargantes sustentam, em síntese, que o acórdão proferido pela Sexta Turma apresentou entendimento divergente dos julgados da Quinta Turma, proferidos nos Recursos Especiais n. 1.333.059/MG e 1.336.618/MG, da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze e da Ministra Laurita Vaz, respectivamente.

Afirmam que o acórdão embargado considerou ser possível a aplicação do princípio da insignificância, embora existente a condição pessoal desfavorável da reincidência. Contudo, aduzem que Quinta Turma entende não ser possível a aplicação do referido benefício quando se tratar de pessoa habituada à prática delitiva.

Pugnam, assim, pelo provimento dos presentes embargos, para que prevaleça o entendimento da Quinta Turma.

O então Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, admitiu apenas os embargos interpostos pelo Ministério Público Federal, haja vista prevalecer à época o entendimento no sentido de que o Ministério Público Estadual não possuiria legitimidade para atuar perante esta Corte (e-STJ fl. 395):

*PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. RECURSO INTERPOSTO PELO MP ESTADUAL. ILEGITIMIDADE. ART. 47, § 1º, DA LC 75/1993. PRECEDENTES DA CORTE. 2. EMBARGOS DO MPRS NÃO CONHECIDOS. EMBARGOS INTERPOSTOS PELO MPF. 1. CRIME DE FURTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RÉU REINCIDENTE. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. 2. EMBARGOS DO MPF ADMITIDOS.*

Embora a Terceira Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.256.973/RS, tenha assentado, por maioria de

# *Superior Tribunal de Justiça*

votos, a legitimidade do Ministério Público distrital e estadual para atuar na instância superior, não é possível reverter a decisão de não conhecimento, uma vez que não houve irresignação do *parquet* estadual, encontrando-se preclusa a matéria.

É o relatório.



**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL  
Nº 221.999 - RS (2013/0148564-9)**

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA  
FONSECA (Relator):**

Preliminarmente, em atenção à impugnação apresentada pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (e-STJ fls. 405/408), esclareço que, embora não tenha sido juntada cópia integral dos acórdãos paradigmas, o repositório oficial foi devidamente citado, uma vez que se tratam de acórdãos prolatados pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Note-se que referida formalidade, disciplinada no art. 266, § 1º, c/c o art. 255, § 1º, "a" e "b", do Regimento Interno desta Corte, é necessária para eventualmente se aferir a autenticidade dos julgados. Contudo, cuidando-se de acórdãos proferidos pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, tem-se franqueado fácil acesso ao seu conteúdo integral, acaso necessário, atingindo-se, assim, a finalidade da norma.

Nesse sentido:

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COMPROVAÇÃO. CÓPIAS DOS ACÓRDÃOS EXTRAÍDAS DO SITE DO STJ. POSSIBILIDADE. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 541 PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ARTIGO 2º DA LEI 8072/90. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO PROFERIDO ANTES DA LEI 11.343/06. RECURSO PROVIDO. 1. O acórdão colacionado como paradigma para comprovar a divergência jurisprudencial é do próprio Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, dispensa-se a indicação do repositório oficial onde foi publicado, admitida, inclusive, a comprovação do dissenso através de documento extraído da página da internet desta Corte. Nova redação do artigo 541, parágrafo único do CPC admitindo a hipótese. 2. Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos,*

# Superior Tribunal de Justiça

*mesmo em crime de tráfico de entorpecentes, diante da inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8072/90. Condenação anterior à Lei nº 11.343/2006. 3. Recurso provido. (REsp 845.746/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 729).*

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, "não obstante a ausência de certidão ou cópia autenticada do acórdão apontado como paradigma, ou de citação de repositório oficial, autorizado, ou credenciado em que se encontra publicado, nos termos das exigências previstas no art. 255, § 1º, alíneas a e b, do RISTJ, esta Corte pacificou entendimento de dispensa de tais pressupostos de ordem formal quando se tratar de divergência manifestamente notória". (REsp 1028101/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/06/2008, DJe 16/06/2008).

Dessa forma, cuidando os autos da possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância nos casos em que há reincidência, não há dúvidas sobre a manifesta notoriedade da controvérsia nesta Corte.

Por fim, destaco que o fato de o acórdão embargado cuidar de furto simples tentado e os acórdãos paradigmas tratarem de furtos qualificados consumados não desnatura a discussão acerca do tema principal trazido nos autos, porquanto o que se discute é a possibilidade de o princípio da insignificância ser aplicado nos furtos (simples ou qualificado, tentado ou consumado) praticados por réu reincidente.

Dessarte, verifico que não prosperam as preliminares apresentadas.

No mérito, tem-se que a controvérsia trazida ao exame da Terceira Seção se refere à possibilidade ou não de se aplicar o princípio da insignificância nos casos em que o réu ostentar outros registros criminais. O acórdão embargado considerou que "condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, não constituem óbice ao reconhecimento dos crimes de bagatela". Por seu turno, o acórdão paradigma assentou que, "a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito seguidas vezes, em frações que,



isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma".

Como é cediço, o princípio da insignificância é instituto que esvazia a própria tipicidade, ou seja, ainda que a conduta perpetrada esteja formalmente prevista em lei como crime, para que seja típica, mister se faz o exame da efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado. Tem-se, portanto, que a tipicidade penal não se resume à descrição legal do tipo, devendo compreender também a tipicidade conglobante, que se constitui pela antinormatividade e pela tipicidade material, consistindo este último na efetiva lesividade, ofensividade, ao bem jurídico tutelado.

Nesse sentido:

***HABEAS CORPUS. CABIMENTO. TENTATIVA DE FURTO. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. (...). 3. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Inocorrência de tipicidade material, mas apenas a formal quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima. É o chamado princípio da insignificância. 4. (...). (HC 199.147/MG, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe 19/08/2013).***

Note-se que os bens juridicamente tutelados pelo Direito Penal são eleitos pelo legislador, razão pela qual a incidência do princípio da insignificância depende da análise do contexto fático. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, a "insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica" (BITENCOURT, C. R. Tratado de direito penal: parte geral. 19 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61).

Pertinente, ainda, a lição de Rogério Greco:

*(...) a aplicação do princípio da insignificância não poderá ocorrer em toda e qualquer infração penal. Contudo, existem aquelas em que a radicalização no sentido de não se aplicar o princípio em estudo nos conduzirá a conclusões absurdas, punindo-se, por intermédio do ramo mais violento do ordenamento jurídico, condutas que não deviam merecer a atenção do Direito Penal em virtude de sua*

# Superior Tribunal de Justiça

*inexpressividade, razão pela qual são reconhecidas como bagatela. (GRECO, R. Curso de Direito Penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 68).*

Cuidando-se de princípio que denota a ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, passou a ser admitida sua aplicação não apenas em crimes patrimoniais. Nesta toada, a fim de se evitar a descriminalização indistinta de condutas de pequena repercussão social, o Supremo Tribunal Federal fixou alguns vetores a serem analisados, visando à adequada aplicação do princípio da insignificância.

Ao ensejo:

*(...). O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. (RHC 122464 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 8/8/2014).*

Embora tenham sido apontados vetores que orientam o exame da conduta e do comportamento do agente, bem como da lesão jurídica provocada, não há consenso sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio em tela nos casos em que fica demonstrada a reiteração delitiva. Para a Sexta Turma, o passado delitivo do agente não impede, em regra, a aplicação da benesse; para a Quinta Turma, entretanto, as condições pessoais negativas do autor inviabilizam o benefício.

A meu ver, cuidando-se o princípio da insignificância de verdadeiro benefício na esfera penal, não há como deixar de se analisar o passado criminoso do

# *Superior Tribunal de Justiça*

agente. De fato, uma conduta formalmente típica, que gere ínfima lesão ao bem jurídico tutelado, apesar de materialmente insignificante na situação em exame, mostra-se deveras temerária para ordenamento jurídico acaso não se analise o contexto pessoal do agente. Com efeito, estar-se-ia instigando a multiplicação de pequenos crimes, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos *Habeas Corpus* n. 123.734, 123.533, 123.108, concluído em 3/8/2015, considerou que "a aplicação ou não desse princípio deve ser analisada caso a caso pelo juiz de primeira instância, e que a Corte não deve fixar tese sobre o tema". No entanto, o Ministro Teori Zavascki ponderou em seu voto que, adotar o princípio da insignificância indiscriminadamente em casos de pequenos furtos, com qualificação ou reincidência, seria tornar a conduta penalmente lícita e também imune a qualquer espécie de repressão estatal.

Ressaltou, ainda, que "é preciso que o Tribunal tenha presente as consequências jurídicas e sociais que decorrem de um juízo de atipicidade em casos como estes. Negar a tipicidade destas condutas seria afirmar que, do ponto de vista penal, seriam lícitas". Considerou, entretanto, ser inegável que o cometimento de pequenos furtos não é socialmente aceita e que, ante a inação do Estado, a sociedade pode começar a se proteger e buscar fazer "justiça com as próprias mãos".

Dessa forma, ainda, que a pretexto de proteger o agente, a imunização da conduta acabaria deixando-o exposto a situação de justiça privada, com consequências imprevisíveis e provavelmente mais graves. Concluiu, assim, que "o Judiciário não pode, com sua inação, abrir espaço para quem o socorra. É justamente em situações como esta que se deve privilegiar o papel do juiz da causa, a quem cabe avaliar em cada caso concreto a aplicação, em dosagem adequada, seja do princípio da insignificância, seja o princípio constitucional da individualização da pena". (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=296835>>. Acesso em: 5/8/2015).

Embora a Corte Suprema tenha afirmado não estar fixando tese sobre

# *Superior Tribunal de Justiça*

o tema, me parece clara a orientação no sentido de que a vida pregressa do agente pode e deve ser efetivamente considerada ao se analisar a possibilidade de incidência do princípio da insignificância. Outrossim, mantidas as condenações nos *habeas corpus* analisados pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se que caberia às instâncias ordinárias relevar, eventualmente, a reiteração, a reincidência, ou mesmo as qualificadoras do furto, a depender do caso concreto.

Por oportuno, registro que no *Habeas Corpus* n. 123.533/SP, a paciente foi condenada à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, pela prática de furto qualificado de 2 (dois) sabonetes líquidos íntimos avaliados em R\$ 40,00 (quarenta reais). A Corte de origem não aplicou o princípio da insignificância em razão do concurso de agentes. O Supremo Tribunal Federal manteve a condenação, concedendo a ordem de ofício para fixar o regime aberto.

No *Habeas Corpus* n. 123.734/MG, o paciente foi sentenciado pelo furto de 15 (quinze) bombons caseiros, avaliados em R\$ 30,00 (trinta reais), a pena de detenção em regime aberto, substituída por restritiva de direitos. Não foi aplicado o princípio da insignificância, apesar de o réu ser primário, porque o furto foi praticado mediante escalada e com rompimento de obstáculo.

Por fim, no *Habeas Corpus* n. 123.108/MG, o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime semiaberto, pelo crime de furto simples de um par de chinelo avaliado em R\$ 16,00 (dezesseis reais). Embora o bem tenha sido restituído à vítima, o Tribunal local não substituiu a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista a reincidência. No Supremo Tribunal Federal, foi mantida a condenação, sendo concedida a ordem de ofício apenas para fixar o regime aberto.

Destaque-se que, embora o Supremo Tribunal Federal não tenha firmado tese sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância, no caso de reincidência, não o aplicou, não obstante se tratar do furto simples de um par de chinelos avaliado em R\$ 16,00 (dezesseis reais), o qual foi restituído à vítima.

Nesse contexto, entendo que, para aplicação do princípio da insignificância, deve ser analisado o valor subtraído; verificada a presença dos vetores da (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada; e, por fim, examinada a vida pregressa do agente.

Note-se que a incidência do princípio da insignificância nos casos de reiteração de crimes patrimoniais estaria legitimando a conduta criminosa, a qual, conforme referido pelo Ministro Teori Zavascki, acabaria por se tornar, em verdade, lícita. De fato, bastaria, por exemplo, que o agente subtraísse sempre bens de pequeno valor, para que não fosse atingido pela norma penal, ainda que a soma de todos os bens fosse substancial. Portanto, a meu ver, a reiteração delitiva deve efetivamente ser sopesada de forma negativa ao agente.

Com efeito, "a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma, sob pena de verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida". (RHC n. 37.453/MG, Relatora Min. Laurita Vaz, DJe 27/09/2013).

Esclareço que, ao somar um requisito de ordem subjetiva ao exame acerca da incidência do princípio da insignificância, não se está desconsiderando a necessidade de análise caso a caso pelo juiz de primeira instância. Antes, se está afirmando ser imprescindível o efetivo exame das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, porquanto, de plano, aquele que reitera e reincide não faz jus a benesses jurídicas.

Nessa linha de ideias, cito como exemplo a impossibilidade, em regra, de o reincidente ser beneficiado com a suspensão da pena (art. 44, II, do CP) ou com o *sursis* penal (art. 77, I, do CP), além de influenciar negativamente no regime de cumprimento da pena (33, § 2º, do CP), nos prazos da execução penal e até mesmo no

# *Superior Tribunal de Justiça*

prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110 do CP). No entanto, ante a ausência de previsão legal do princípio da insignificância, deve se entender que não há vedação à sua aplicação ao reincidente, o que não significa, no meu entender, que referida circunstância deva ser desconsiderada.

De fato, a reiteração, ou seja, a prática da mesma conduta criminosa, revela evidente repercussão social negativa da conduta, o que não pode deixar de ser sopesado para se aferir a irrelevância penal do fato. Com efeito, a prática delitiva isoladamente analisada pode ser de somenos importância, contudo, ao ser valorada conjuntamente com as demais condutas criminosas praticadas pelo mesmo agente, revelará, por certo, situação de grave risco para a ordem jurídica, o que não pode ficar imune ao sistema penal.

Ao ensejo, trago julgados de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

**HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO. CONTUMÁCIA DELITIVA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.** 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a recriação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que “a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa” (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. 3. Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade é indispensável, portanto, averiguar a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de apurar se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não relevância penal. Esse contexto social ampliado certamente comporta, também, juízo

*sobre a contumácia da conduta do agente. 4. Não se pode considerar atípica, por irrelevante, a conduta formalmente típica, de quem pratica delito contra o patrimônio enquanto cumpria pena em regime aberto pela prática do mesmo delito. 5. Ordem denegada. (HC 112653, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 31/7/2014).*

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO (ART. 155, CAPUT, DO CP). REINCIDÊNCIA NA PRÁTICA CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. O valor da res furtiva não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade. 4. In casu, a) o paciente foi condenado pela prática do crime de furto (art. 155, caput, do CP) por ter subtraído um porta-moedas contendo R\$ 30,00 (trinta reais) e um cartão de vale-transporte. As instâncias precedentes deixaram de aplicar o princípio da insignificância em razão de ser o paciente contumaz na prática do crime de furto. b) Isso porque se trata de condenado reincidente na prática de delitos contra o patrimônio. Destarte, o reconhecimento da atipicidade da conduta do paciente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta. 5. Ordem denegada. (HC 120043, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 2/12/2013).*

Por oportuno, confira-se julgado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, inclinando-se no mesmo sentido da orientação firmada pela Quinta Turma:

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. VALOR CONSIDERADO EXPRESSIVO. REINCIDÊNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME DE PENA. APENAS UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (MAUS ANTECEDENTES). RÉU REINCENTE. REGIME*

**SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PARA RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO ANALISADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.** 1. Ressalvada pessoal compreensão pessoal diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3. **A reiteração delitiva tem sido compreendida como obstáculo inicial à tese da insignificância, ressalvada excepcional peculiaridade do caso penal.** 4. O furto de uma bicicleta, avaliada em R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), praticado por agente contumaz na prática delitiva, sendo, inclusive, reconhecida nas instâncias ordinárias a reincidência, não permite a incidência do princípio da insignificância para exclusão da tipicidade penal. 5. Na fixação do regime inicial de cumprimento de pena (art. 33 do Código Penal), o juiz deverá ater-se a quantidade de pena aplicada, às circunstâncias judiciais e à existência, ou não, da reincidência. 6. A prática de crime sem violência ou grave ameaça à pessoa (furto simples), com pena, ao final, fixada abaixo de 4 anos e apenas uma circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes), permite seja fixado o regime semiaberto, como suficiente e adequado para a reprovação e prevenção de outros delitos. 7. Pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não pode ser apreciada diretamente nesta Corte, sob pena de supressão de instância. 8. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para modificar o regime de pena para o semiaberto. (HC 215.995/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015)

No mesmo teor:

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. ATIPICIDADE MATERIAL. REDUZIDO VALOR DAS RES FURTIVAE. ANEL FEMININO AVALIADO EM R\$ 60,00. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AFASTAMENTO. REINCIDÊNCIA MÚLTIPLA. CRIMINOSO CONTUMAZ. RELEVÂNCIA PENAL CARACTERIZADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.** 1. A despeito da subsunção formal da conduta a um tipo penal, é possível concluir-se pela sua atipicidade material, por diversos motivos, entre os quais a ausência de ofensividade penal do



# *Superior Tribunal de Justiça*

*comportamento verificado. 2. Se, do ponto de vista dogmático, a existência de maus antecedentes não poderia ser considerada como óbice ao reconhecimento da insignificância penal, não deve o juiz, ao avaliar a tipicidade formal, ignorar o contexto que singulariza a ação como integrante de uma série de outras de igual natureza, as quais evidenciam o comportamento humano avesso à norma incriminadora. 3. A subtração de anel feminino, avaliado em R\$ 60,00, revela ofensividade penal e social da conduta praticada pelo recorrente quando levadas em consideração suas condenações transitadas em julgado também pelo crime de furto. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1472011/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 01/06/2015)*

Observa-se, portanto, que a divergência existente entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça já vem sendo mitigada, a depender do caso concreto. De fato, não há como serem consideradas irrelevantes as condições pessoais do agente relacionadas à sua vida pregressa. Contudo, não devem ser considerados óbices peremptórios, devendo ser analisado o caso concreto sobre a possibilidade de se superar ou não as circunstâncias de caráter eminentemente subjetivo.

A propósito, trago a contexto a teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos, a qual considera que "a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal (a exemplo da lesão corporal) não poderia ser valorada como fator impeditivo à aplicação do princípio da insignificância, porque ausente a séria lesão à propriedade alheia" (HC 114723, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 11/11/2014).

No mesmo sentido sentido:

*Habeas corpus. 2. Furto (artigo 155, § 4º, inciso IV, do CP). Bens de pequeno valor (sucata de peças automotivas, avaliadas em R\$ 4,00). Condenação à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão. 3. Registro de antecedentes criminais (homicídio). Ausência de vínculo entre as infrações. Não caracterização da reincidência específica. 4. Aplicação do princípio da bagatela. Possibilidade. Precedentes. Peculiaridades do caso. 5. Reconhecida a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para trancar a ação penal na origem, ante a aplicação do princípio da insignificância. (HC 126866, Relator Min.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 2/6/2015, DJe 19/6/2015).*

Nesse encadeamento de ideias, entendo ser possível firmar a orientação no sentido de que **a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.**

Esclareço, por oportuno, que, a meu ver, não há qualquer óbice à definição de diretriz em embargos de divergência, uma vez que referido recurso tem como pano de fundo a divergência existente na aplicação do direito material ou no direito processual e não a divergência quanto aos fatos. Note-se que o Superior Tribunal de Justiça nem ao menos analisa fatos, mas apenas a tese jurídica subjacente, haja vista se tratar de Corte que tem como objetivo a uniformização da legislação infraconstitucional.

Nesse contexto, encontrando-se as Turmas que julgam direito penal reunidas em colegiado amplo para análise de processo que confronta teses divergentes, nada mais coerente que se possa resultar em diretriz para os próximos julgamentos a serem realizados não só pelos órgãos fracionários desta Corte mas também para as instâncias ordinárias. De fato, embora a definição de tese em embargos de divergência não obste a subida de recursos sobre o tema, porquanto não utilizado o rito próprio dos recursos repetitivos, não se pode descurar que a uniformização da matéria pela Terceira Seção inevitavelmente guiará os demais juízos.

Destaco, outrossim, que apenas as instâncias ordinárias, que se encontram mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário, têm condições de realizar o exame do caso concreto, por meio da valoração fática e probatória a qual, na maioria das vezes, possui cunho subjetivo, impregnada pelo livre convencimento motivado.

No caso dos autos, as instâncias ordinárias, bem como o acórdão embargado, consideraram, de forma abstrata, que "as circunstâncias de caráter pessoal,

# *Superior Tribunal de Justiça*

tais como a reincidência ou maus antecedentes, não obstam a aplicação do princípio da insignificância" (e-STJ fl. 204). Dessa forma, não tendo as instâncias ordinárias apresentado nenhum elemento concreto que autorizasse a aplicação excepcional do princípio da bagatela, entendo que deve prevalecer o óbice apresentado nos presentes autos.

Por fim, esclareço que, diante da renovação do julgamento, com a reinclusão do processo em pauta, em razão da relevância da matéria e da alteração substancial na composição da Seção, sinto-me confortável para acrescentar que, em recente pesquisa jurisprudencial, verifiquei que todos os Ministros se utilizam da existência de reincidência, maus antecedentes ou reiteração para justificar a impossibilidade de incidência do princípio da insignificância, ainda que sejam agregados fundamentos outros. Portanto, não se trata de vetor neutro.

A propósito:

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 103 DO ECA E 155 DO CP. DELITO DE FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. EXISTÊNCIA DE QUALIFICADORA E REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Firmou-se nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual a prática do delito de furto qualificado mediante fraude e o fato do réu ser reincidente e possuir várias outras anotações pelo cometimento de diversos atos infracionais, indicam a maior reprovabilidade do seu comportamento, a afastar a aplicação do princípio da insignificância. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 747.945/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 01/10/2015)*

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. VALOR DOS BENS NÃO CONSIDERADO INSIGNIFICANTE. REINCIDÊNCIA. HABITUALIDADE DELITIVA. REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE E INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO MÍNIMA. REQUISITOS INEXISTENTES. AGRAVO DESPROVIDO. - No caso dos autos, além do fato de não ser considerado irrisório o valor econômico da res furtivae, o Tribunal de origem afastou a aplicação do princípio de bagatela pela reincidência e em razão da*

*habitualidade no cometimento do delito em questão, constatada pela existência de ação penal e inquéritos em desfavor do réu, o que denota a conduta contumaz na prática de delitos como o aqui tratado. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 712.844/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 05/10/2015)*

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FURTO SIMPLES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIÁVEL POR CONTA DA REINCIDÊNCIA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DE REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO. MULTIRREINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO PENA E PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. (...). 2. **A reiteração delitativa tem sido compreendida como obstáculo inicial à tese da insignificância**. 3. (...). (HC 317.468/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 23/09/2015)*

*HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONCURSO DE AGENTES. REINCIDÊNCIA. 1. **Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro circunstâncias: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Inaplicável ao caso dos autos o princípio da insignificância, tendo em vista que o delito foi praticado mediante o concurso de agentes e o paciente ostenta maus antecedentes**. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 302.293/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 25/08/2015)*

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. ATIPICIDADE MATERIAL. REDUZIDO VALOR DAS RES FURTIVAE. DESODORANTES AVALIADOS EM R\$ 40,00. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AFASTAMENTO. REINCIDÊNCIA MÚLTIPLA. CRIMINOSO CONTUMAZ. RELEVÂNCIA PENAL CARACTERIZADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **A despeito da subsunção formal da conduta a um tipo penal, é possível concluir-se pela sua atipicidade material, por diversos motivos, entre os quais a ausência de ofensividade penal do comportamento verificado**. 2. **Se, do ponto de vista dogmático, a existência de maus antecedentes não poderia ser considerada como óbice ao reconhecimento da insignificância penal, não deve o juiz, ao avaliar a tipicidade formal, ignorar o contexto que singulariza a ação como integrante de uma série de outras de igual natureza, as***

*quais evidenciam o comportamento humano avesso à norma incriminadora. 3. A subtração de dois desodorantes, avaliados em R\$ 40,00, revela ofensividade penal e social da conduta praticada pelo recorrente, quando levadas em consideração suas passagens por tráfico, injúria e homicídio, bem como as cinco condenações transitadas em julgado que ostenta. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1420325/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 01/06/2015)*

Reitero, outrossim, haja vista já conhecer previamente o entendimento de alguns dos meus pares, que não desconheço a estrutura objetiva do princípio da insignificância. No entanto, o que se sugere é a ampliação da análise para se incorporar elementos subjetivos que revelem o merecimento do réu. A meu ver, referido aspecto não guarda relação com o direito penal do autor, mas antes com todo o ordenamento jurídico penal, o qual remete à análise de mencionadas particularidades para reconhecer o crime privilegiado, fixar a pena-base, escolher o regime de cumprimento da pena entre outros.

Note-se que a agravante da reincidência já foi expressamente considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (RE 453.000/RS), o que demonstra que a vida pregressa do réu tem sim relevância penal. Nesse contexto, ainda que haja um desvirtuamento da teoria da insignificância em sua gênese, peço licença para guardar coerência com o ordenamento jurídico pátrio, tornando a incidência do princípio da bagatela um verdadeiro privilégio/benefício, que, portanto, deve ser merecido, não se tratando da mera aplicação de uma teoria, haja vista, não raras vezes, ser necessária a adaptação de teorias à nossa realidade.

Ante o exposto, **acolho** os embargos de divergência para reformar o acórdão embargado, dando provimento ao agravo regimental para dar provimento ao agravo em recurso especial, reformando o acórdão do Tribunal de origem para cassar a sentença absolutória, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau, para que, superada a insignificância, prossiga na instrução, se necessário, ou no julgamento da ação penal.

# *Superior Tribunal de Justiça*

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº  
221.999 - RS (2013/0148564-9)**

**VOTO**

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:**

Trata-se de embargos de divergência interpostos pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão proferido pela Sexta Turma desta Corte assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPCIDADE MATERIAL. BEM JURÍDICO TUTELADO DE VALOR ÍNFIIMO (MOCHILA NO VALOR DE R\$ 69,00 RESTITUÍDA À VÍTIMA). REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER PESSOAL QUE NÃO OBSTA O RECONHECIMENTO DO CRIME DE BAGATELA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em especial desta 6ª Turma, é firme no sentido de que a análise de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, não constituem óbice ao reconhecimento dos crimes de bagatela.

2. A decisão impugnada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, uma vez que o agravante não foi capaz de mostrar seu desacerto.

3. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Aponta o *Parquet* Federal dissídio jurisprudencial no tocante à aplicação do princípio da insignificância com julgados da Quinta Turma deste Sodalício (REsp 1333059/MG e REsp 1228382/PR), cujas ementas estão assim redigidas, respectivamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. RÉU REINCIDENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social, razão pela qual os princípios da insignificância e da intervenção mínima surgem para evitar situações dessa natureza, atuando como instrumentos de interpretação restrita do tipo penal.

2. A reincidência e a habitualidade delitiva implicam uma maior reprovabilidade da conduta e afastam a incidência do princípio da insignificância, que, frise-se, não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas sim para impedir que desvios ínfimos e isolados sejam sancionados pelo direito penal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE FURTO. RECURSO MINISTERIAL EM FAVOR DO RÉU. TESE DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PRINCÍPIO DA

# Superior Tribunal de Justiça

INSIGNIFICÂNCIA. EXPRESSIVIDADE ECONÔMICA DO OBJETO DO CRIME. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SANÇÃO DEFINITIVA INFERIOR A 04 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO EM FACE DA REINCIDÊNCIA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 269 DA SÚMULA DESTA CORTE SUPERIOR. CABÍVEL O REGIME INICIAL SEMIABERTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não merece prosperar a alegação de ofensa aos arts. 381, inciso III, 619 e 620 do Código de Processo Penal, porquanto o acórdão hostilizado solucionou a *quaestio juris* de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram o seu convencimento.

2. A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto, para afastar a tipicidade penal, é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social.

3. Conforme decidido pela Suprema Corte, "*O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal.*" (STF, HC 102.088/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010.)

4. A lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. E mais: seria um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente tendo em conta aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida.

5. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao Réu reincidente condenado a pena inferior a quatro anos aplica-se o regime prisional semiaberto, se consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Inteligência do enunciado n.º 269 da Súmula desta Corte Superior.

6. Recurso especial parcialmente provido.

Registre-se, por oportuno, que os embargos de divergência manejados pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul não foram admitidos pelo então Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, não tendo havido recurso do *decisum*, daí porque analisar-se-á apenas o recurso do Ministério Público Federal.

De início, registro minha preocupação com a fixação de tese em tema de tamanha envergadura e complexidade como o da insignificância, em que cada caso tem sido analisado de forma particular à luz dos diversos vetores destacados pelo Supremo Tribunal Federal, que também tem se debruçado sobre o tema. Uma ligeira pesquisa nos precedentes de ambos os Tribunais nos convida a uma reflexão acerca da casuística, que inclui o furto de galinha, ou de um par de chinelos, ou ainda de roupa íntima pendurada em varal de quintal, ou ainda de um bombom, dentre inúmeros outros casos similares. Seria



# Superior Tribunal de Justiça

muito constrangedor aplicar - sem nenhuma outra consideração ou análise do caso concreto - a tese de que, por ser o réu reincidente, o princípio da bagatela não pode ser aplicado.

Acerca do princípio da insignificância, afirma CARLOS VICO MAÑAS em monografia específica sobre o tema:

"Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves.

O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais fez do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

No que diz respeito à origem, pode-se afirmar que o princípio já vigorava no direito romano, pois o pretor, em regra geral, não se ocupava de causas ou delitos insignificantes, seguindo a máxima contida no brocardo *minimis non curat pretor*." (*O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 56)

Ainda merece transcrição a lição de ALBERTO SILVA FRANCO:

"Um princípio bem próximo ao da adequação social é o da insignificância. Alguns autores chegam até a dizer que este se inclui naquele. Roxin (*'Política Criminal y Sistema del Derecho Penal'*, Bosch, Barcelona, 1972), por exemplo, afirma que às condutas socialmente admissíveis, 'pertence o denominado princípio da insignificância que permite na maior parte dos tipos excluir desde logo dano de pouca importância: mau trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas apenas um que seja relevante; analogamente, indecorosa, no sentido do Código Penal é somente a ação sexual de uma certa importância; injuriosa, do ponto de vista delitivo, é tão somente a lesão grave à pretensão social de respeito. Como 'força' deve ser considerado unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser 'sensível' para passar o umbral da criminalidade'. Não obstante o posicionamento de Roxin, força é convir que o princípio da insignificância atua paralelamente ao princípio da ação socialmente adequada, mas com ele não se confunde. Distingue um do outro a circunstância de que o princípio da insignificância 'não pressupõe a total aprovação social da conduta, mas apenas uma relativa tolerância dessa conduta, por sua escassa gravidade' (Mir Puig, ob. cit., p. 46)." *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, parte geral, São Paulo, RT, 2001, p. 45.

A incidência do cânone diz com fatos dotados de mínima ofensividade, desprovidos de periculosidade social, de reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e em que a lesão jurídica provocada seja inexpressiva.

Nesse sentido o voto do Ministro Celso de Mello, no HC n.º 84.412-0/SP,

# Superior Tribunal de Justiça

DJU de 19.11.2004, que se tornou referência não só no Supremo Tribunal Federal, como também nesta Corte:

Como se sabe, o princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, consoante assinala expressivo magistério doutrinário expendido na análise do tema em referência (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, "Princípios Básicos de Direito Penal", p. 133/134, item n. 131, 5ª ed., 2002, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "Código Penal Comentado", p. 6, item n. 9, 2002, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, "Direito Penal - Parte Geral", vol. 1/10, item n. 11, "h", 26ª ed., 2003, Saraiva; MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES, "Princípio da Insignificância no Direito Penal", p. 113/118, item n. 8.2, 2ª ed., 2000, RT, v.g.).

O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

Acerca do tema em questão, sempre entendi que considerações sobre a reincidência e a reiteração criminosa não têm força para afastar o princípio da insignificância, desde que presentes os vetores acima mencionados, sob pena de dar prioridade ao superado direito penal do autor, em detrimento do direito penal do fato.

Ao ensejo, peço licença para transcrever minhas considerações sobre a matéria feitas quando do julgamento do HC 103618/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 03/06/2008, DJ de 04/08/2008:

De acordo com a jurisprudência imperante nesta Corte, dois devem ser os requisitos para a aferição da aplicabilidade, nos crimes patrimoniais: o valor da *res* e a condição econômica da vítima. O primeiro vincula-se a uma apreciação objetiva, normalmente ligada a uma comparação com o valor do salário mínimo; por exemplo, o bem subtraído custa a metade ou um terço do salário mínimo. Já o segundo passa por uma análise do poder aquisitivo do sujeito passivo do delito; se a vítima for alguém abastado, ou uma pessoa jurídica com um patrimônio expressivo, é claro que o desfalque da *res* que custar apenas alguns reais não representará uma lesão, penalmente,

relevante; por outro lado, sendo o sujeito passivo alguém humilde, assalariado, a privação de bens módicos já corporifica um comportamento merecedor da incidência penal.

Nesta linha de raciocínio conferir os seguintes precedentes:

(...)

Fixado o critério dual, objetivo-subjetivo, cumpre destacar os seguintes arestos deste Sodalício, em casos muito semelhantes ao presente:

(...)

A hipótese revela um furto praticado contra um "Pet Shop", em que subtraídos pacotes de ração para gatos, avaliados em R\$ 13,00. Segundo meu entendimento, a bem da técnica penal, em respeito aos tradicionais estratos do conceito analítico do delito, a hipótese está a revelar o chamado crime de bagatela. Acredito que, diante de fatos como os presentes, deve-se afastar de reflexões outras que extravasem critérios dogmáticos. Penso que a política criminal somente pode ser chamada a baila para o fim de privilegiar o arco de liberdades do cidadão e, nunca, para restringi-lo. Lembre-se, neste passo, a lição de MOHAMAD ALE HASAN MAHMOUD:

"O princípio da insignificância foi cunhado com o fim de prestigiar o Direito Penal como *ultima ratio*, tendo como foco não o agente, mas, antes, o bem jurídico, categoria fundamental para a perspectiva material da antijuridicidade. (...) Logo, o aspecto subjetivo contemplado pelo injusto refere-se apenas ao dolo, se presente ou não. (...) A prosperar entendimento distinto, estar-se-ia a fixar o limite da ilicitude em aspectos anteriores ao cometimento do fato, solapando-se o Direito Penal do fato, ancorado no princípio da culpabilidade." (O princípio da insignificância e o crime continuado sob uma angulação processual. *Boletim do IBCCrim*, ano 15, n. 182, jan. de 2008, p. 14-15).

Assim, como no caso presente encontra-se atendido o binômio: valor diminuto da *res* subtraída e o caráter ínfimo do bem diante do patrimônio da vítima. Portanto, de rigor o reconhecimento do princípio da insignificância.

Nessa toada, o Colegiado da Sexta Turma tem admitido, excepcionalmente, a aplicação do princípio da insignificância ainda que se trate de réu reincidente, considerando as peculiaridades do caso em exame, em que evidente a inexpressividade da lesão jurídica provocada e o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente. Vejam-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO.

**1. Trata-se de tentativa de furto de bens avaliados em menos de 5% do valor do salário mínimo da época dos fatos, sendo a vítima uma grande rede de loja de varejo. Dessa forma, apesar de o réu ser reincidente e possuir ações penais em curso, tais circunstâncias não obstam a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista as particularidades do caso concreto.**

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 633.190/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015)

# Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. RES FURTIVA AVALIADA EM R\$ 79,80 (SETENTA E NOVE REAIS E OITENTA CENTAVOS). IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL, NÃO OBSTANTE TRATAR-SE DE PACIENTE COM OUTRA CONDENAÇÃO POR CRIME PATRIMONIAL. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA DESTES TRIBUNAL.

- O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- O Supremo Tribunal Federal já consagrou o entendimento de que, para a aplicação do princípio da insignificância, devem estar presentes, de forma cumulada, os seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, HC n. 112.378/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 18/9/2012).

- Em precedentes de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção, tem-se admitido a aplicação do princípio da insignificância quando, no exame do caso concreto, resta evidenciada a ínfima lesividade da conduta ao bem jurídico tutelado. Isso se dá em observância aos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, segundo os quais o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade. Nesse sentido, deve ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, consideradas não só no aspecto econômico, mas também em razão do grau de afetação da ordem social.

**- In casu, a denúncia imputa ao paciente a conduta de tentar furtar uma garrafa de licor da marca "Frangelico", avaliada em R\$ 79,80 (setenta e nove reais e oitenta centavos), pertencente ao estabelecimento comercial denominado Casa do Arroz.**

**- Apesar de se tratar de paciente com outra condenação, também por crime contra o patrimônio, não ficou demonstrada a presença de lesão significativa ao bem jurídico tutelado que justifique a intervenção do Direito Penal, sendo imperioso o reconhecimento da atipicidade material da conduta, com o respectivo trancamento da ação penal.**

Ressalva do entendimento pessoal deste Relator.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver o paciente da condenação proferida pelo juiz de primeiro grau.

(HC 321.423/RJ, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 29/06/2015)

PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA. EMPECILHO. AFASTAMENTO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA A SER COMPENSADA COM AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. MATÉRIA

PREJUDICADA. TEMA SUSCITADO NÃO DECIDIDO NO ACÓRDÃO ATACADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. CONCEDIDA A ORDEM EX OFFICIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

[...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público" (HC n.º 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004).

**3. No caso, o Paciente subtraiu da vítima duas camisetas avaliadas em R\$ 39,00 (trinta e nove reais), montante que à época dos fatos (janeiro de 2014) equivalia a pouco mais de 5% do salário mínimo então vigente - R\$ 724,00 (setecentos e vinte e quatro reais) -, sendo certo que os bens foram devolvidos à vítima.**

**4. Reconhece-se, então, o caráter bagatelar do comportamento imputado, não havendo falar em afetação do bem jurídico tutelado (patrimônio).**

**5. Não é empecilho à aplicação do princípio da insignificância, no caso concreto, o fato de o Paciente ser reincidente (uma sentença condenatória), tendo em vista as circunstâncias particulares que permitem concluir que estão presentes os vetores acima mencionados.**

Flagrante ilegalidade detectada.

6. No que se refere ao pleito da Defesa de ver compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, verifica-se que restou prejudicada a análise, tendo em vista o reconhecimento do princípio da insignificância na espécie. Ainda que assim não fosse, verifica-se que a matéria não foi tratada no acórdão vergastado, o que torna impossível o debate neste Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Writ não conhecido, mas concedida a ordem, ex officio, para reconhecer a atipicidade material da conduta e absolver o Paciente da condenação imposta no processo n.º 0001047-35.2014.8.21.0009, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Carazinho/RS.

(HC 321.197/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 24/06/2015)

No caso em exame, as instâncias ordinárias solucionaram a controvérsia à luz das peculiaridades do caso concreto. Vejam-se os seguintes trechos do acórdão proferido em sede de apelação (fls. 200/211):

A prova foi assim analisada na sentença:

# Superior Tribunal de Justiça

"Com efeito, verifico que o fato descrito na denúncia não se reveste de gravidade apta a caracterizar o delito imputado ao réu, já que o bem jurídico protegido (patrimônio da vítima), não restou afetado.

Merece o pleito, então, juízo absolutório.

Com efeito, **o valor total da res furtivae foi orçado em R\$ 69,90, resumindo-se a uma mochila, sendo tudo disponibilizado à restituição, procedida a 22.**

De outro lado, necessário destacar que **a vítima é pessoa jurídica de grande porte e com considerável capacidade econômica, de modo que a coisa subtraída — cuja restituição, repiso, já se operou na integralidade — não lhe impingiriam maiores prejuízos.**

Acrescento, ao cabo, que **analisando a condição pessoal do acusado, registro que a circunstância de possuir antecedentes ou mesmo ser reincidente não impede o reconhecimento do princípio da insignificância**, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça abaixo elencados:

...

Assim, a meu ver, **estão presentes tanto os permissivos objetivos como subjetivos necessários à aplicação do princípio da insignificância**, cujo conceito prescinde de tergiversação, dada sua notoriedade.

Forçoso conceber, assim, que fatos dessa ordem passam à margem da tutela penal, sabidamente marcada pelo signo da gravidade social do comportamento humano.

Na esteira desse raciocínio, fica descaracterizado o furto imputado na denúncia, já que materialmente desvelada a atipicidade, embora o fato seja reprovável e contrário ao direito, eventual intervenção do direito penal ao caso se revela absolutamente desproporcional à conduta praticada, nas circunstâncias narradas.

Não fosse isso, de observar que o conjunto probatório (vide depoimento da testemunha Valdeni Scherer Ebertz., fl. 97 e verso) dá conta de que não tinha o réu, nas circunstâncias, pois que vigiado desde o início da execução, condições de consumir a subtração.

Assim, ainda que afastada a aplicação do princípio da insignificância ao caso, caracterizado o crime impossível, na medida em que foi o meio empregado, diante das circunstâncias, totalmente ineficaz para consumação da subtração (art. 17 do CP).

Examinando a prova oral e o auto de restituição, entendo que o fato, como posto nos autos, não induz a necessária ofensividade, legitimadora da incidência do Direito Penal.

Ressalto, ainda que as circunstâncias de caráter pessoal, tais como a reincidência ou maus antecedentes, não obstam a aplicação do princípio da insignificância.

Nesse sentido destaco os julgados da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

**Um fato - furto de uma mochila -, embora reconhecido pelo legislador como delito - pois está tipificado e inexistente norma geral a respeito da ofensividade -, merece uma exegese valorativa do ponto de vista do bem jurídico tutelado, o qual integra a própria previsão abstrata, mais precisamente, se houve relevância ofensiva ao bem jurídico, examinando-se as suas conseqüências jurídicas.**

(...)

Retornando ao caso dos autos, tem-se um furto de uma mochila avaliada em cerca de R\$ 69,90. Ademais, tem-se que a vítima é pessoa jurídica de grande porte e com capacidade financeira considerável, lembrando, ainda, que o bem foi restituído. Em tese, houve violação ao artigo 155 do Código Penal, em que o valor sócio-cultural protegido é o patrimônio. Cumpre-nos, contudo, indagar: houve uma ofensa relevante à vítima, a tal ponto de haver ofensa ao bem jurídico?

Um juízo valorativo informa que, em casos tais, onde não houve violência, em que o objeto é de valor insignificante e foi restituído ao ofendido, não houve ofensa suficiente ao bem jurídico patrimônio, de molde a exigir-se a aplicação de uma sanção penal.

Assim, ausente a ofensa relevante ao bem jurídico, é impositiva a incidência do princípio da insignificância.

Isso posto, o voto vai ao sentido de negar provimento ao recurso.

Como se vê, cuida-se de furto de uma mochila avaliada em R\$ 69,90 (sessenta e nove reais), que foi restituída a vítima, pessoa jurídica de grande porte e com considerável capacidade econômica.

Desse modo, verifica-se a existência de mínima ofensividade e de reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, tanto mais porque a lesão jurídica provocada é inexpressiva, não causando repulsa social, autorizando, pois, o reconhecimento da atipicidade da conduta.

Nessa linha de raciocínio está o acórdão embargado. Confira-se:

Quanto ao mérito, nas razões de seu recurso especial inadmitido, aponta o recorrente divergência jurisprudencial, ao argumento, em suma, de que o réu não faz jus à aplicação do princípio da insignificância, pelo fato de ser reincidente.

Não merece prosperar o inconformismo.

Isso porque, à luz do que tem entendido esta Corte Superior sobre o tema, é crime de bagatela os fatos que, como este em questão possuem: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O Tribunal *a quo* destacou o reduzido valor do bem subtraído, mochila avaliada em R\$ 69,90 (fls. 202) e, em consequência, manteve a sentença absolutória que aplicou o princípio da insignificância.

Ao assim decidir, o Tribunal *a quo* conservou-se sob a orientação jurisprudencial desta Corte sobre a questão. A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

(...)

**Da acurada análise dos autos, se extrai o pouco ou nenhum desvalor da conduta do agravado, que furtou bem de quantia ínfima, não subsistindo outra alternativa senão o reconhecimento de que, no caso, estão presentes os pressupostos para a aplicação do princípio da insignificância.**

**Ressalte-se, ademais, que as circunstâncias de caráter pessoal, tais como reincidência ou maus antecedentes, não obstam a aplicação do princípio da insignificância.**

Nesse sentido:

(...)

Com efeito, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, em especial desta 6ª Turma, é firme no sentido de que a análise de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, não constituem óbice ao reconhecimento dos crimes de bagatela.

(...)

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto

Os paradigmas, de outro lado, acentuam de maneira peremptória que a reincidência e a habitualidade delitiva impedem a aplicação do princípio da insignificância.

Frente a esse quadro, penso que andou o bem o acórdão embargado ao considerar a possibilidade de aplicação do mencionado princípio, ainda que para reincidente, à luz das peculiaridades da demanda.

De ressaltar, por fim, que, no mês passado, o Supremo Tribunal Federal, acentuou a necessidade de se considerar as particularidades de cada hipótese concreta para fins de incidência do princípio da insignificância. Por oportuno, confira-se o seguinte trecho do Informativo nº 793 do Excelso Pretório:

#### **PLENÁRIO**

#### **Princípio da insignificância: reincidência e crime qualificado - 4**

A incidência do princípio da insignificância deve ser feita caso a caso. Essa a orientação do Plenário ao concluir julgamento conjunto de três “habeas corpus” impetrados contra julgados que mantiveram a condenação dos pacientes por crime de furto e afastaram a aplicação do mencionado princípio — v. Informativo 771. No HC 123.108/MG, o paciente fora condenado à pena de um ano de reclusão e dez dias-multa pelo crime de furto simples de chinelo avaliado em R\$ 16,00. Embora o bem tenha sido restituído à vítima, o tribunal local não substituíra a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da reincidência. Nesse caso, o Colegiado, por decisão majoritária, denegou a ordem, mas concedeu “habeas corpus” de ofício para fixar o regime aberto para cumprimento de pena. No HC 123.533/SP, a paciente fora condenada pela prática de furto qualificado de dois sabonetes líquidos íntimos avaliados em R\$ 40,00. O tribunal de origem não aplicara o princípio da insignificância em razão do concurso de agentes e a condenara a um ano e dois meses de reclusão, em regime semiaberto e cinco dias-multa. Na espécie, o Pleno, por maioria, denegou a ordem, mas concedeu “habeas corpus” de ofício para fixar o regime aberto para cumprimento de pena. Por fim, no HC 123.734/MG, o paciente fora sentenciado pelo furto de 15 bombons caseiros, avaliados em R\$ 30,00. Condenado à pena de detenção em regime inicial aberto, a pena fora substituída por prestação de serviços à comunidade e, não obstante reconhecida a primariedade do réu e a ausência de prejuízo à vítima, o juízo de piso afastara a incidência do princípio da insignificância porque o furto



fora praticado mediante escalada e com rompimento de obstáculo. No caso, o Colegiado, por decisão majoritária, denegou a ordem.

**HC 123108/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123108)**

**HC 123533/SP, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123533)**

**HC 123734/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123734)**

#### **Princípio da insignificância: reincidência e crime qualificado - 5**

O Plenário aduziu ser necessário ter presentes as consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade resultante da aplicação do princípio da insignificância. Negar a tipicidade significaria afirmar que, do ponto de vista penal, as condutas seriam lícitas. Além disso, a alternativa de reparação civil da vítima seria possibilidade meramente formal e inviável no mundo prático. Sendo assim, a conduta não seria apenas penalmente lícita, mas imune a qualquer espécie de repressão. Isso estaria em descompasso com o conceito social de justiça, visto que as condutas em questão, embora pudessem ser penalmente irrelevantes, não seriam aceitáveis socialmente. Ante a inação estatal, poder-se-ia chegar à lamentável consequência da justiça privada. Assim, a pretexto de favorecer o agente, a imunização de sua conduta pelo Estado o deixaria exposto a uma situação com repercussões imprevisíveis e mais graves. Desse modo, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade, mormente em se tratando de crimes contra o patrimônio, envolveria juízo muito mais abrangente do que a simples expressão do resultado da conduta. Importaria investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, traduzido pela ausência de periculosidade social, pela mínima ofensividade e pela ausência de reprovabilidade, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância do resultado meramente material, acabasse desvirtuado o objetivo do legislador quando formulada a tipificação legal. Aliás, as hipóteses de irrelevância penal não teriam passado despercebidas pela lei, que conteria dispositivos a contemplar a mitigação da pena ou da persecução penal. Para se conduzir à atipicidade da conduta, portanto, seria necessário ir além da irrelevância penal prevista em lei. Seria indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta, a fim de que a finalidade da lei fosse alcançada.

**HC 123108/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123108)**

**HC 123533/SP, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123533)**

**HC 123734/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123734)**

#### **Princípio da insignificância: reincidência e crime qualificado - 6**

No que se refere aos casos em que fora imposto o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena, o Colegiado afirmou que seria desproporcional para a reprovação e prevenção quanto à conduta imputada. De acordo com a jurisprudência da Corte, seria necessário valorar os vetores subjetivos a respeito da causa penal (CP, art. 59), no sentido de individualizar a pena. A pena privativa de liberdade deveria se restringir às hipóteses de reconhecida necessidade, tendo em vista seu custo elevado, as consequências deletérias para infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação. Haveria situações que, embora enquadráveis no enunciado normativo, não mereceriam as consequências concebidas pelo legislador. Caberia ao intérprete calibrar eventuais excessos e produzir a solução mais

# *Superior Tribunal de Justiça*

harmônica com o sistema jurídico. Dever-se-ia ter presente a regra geral de proporcionalidade, compatível com a natureza e a repercussão do delito. Seria indispensável, porém, que a avaliação se desse caso a caso, pois a uniformização de tratamento não seria desejável, tendo em vista as díspares realidades sociais, econômicas e culturais existentes no País. O Ministro Roberto Barroso (relator) reajustou seu voto. Vencidos, no HC 123.108/MG, a Ministra Rosa Weber e os Ministros Celso de Mello, que concediam a ordem; Edson Fachin, que não conhecia do “habeas corpus”; e Marco Aurélio, que denegava a ordem. Quanto ao HC 123.533/SP, ficaram vencidos os Ministros Celso de Mello e Rosa Weber, que não conheciam do “habeas corpus”, mas concediam a ordem de ofício; Edson Fachin, que não conhecia do “habeas corpus”; e Marco Aurélio, que denegava a ordem. No que se refere ao HC 123.734/MG, ficaram vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que não conheciam do “habeas corpus”; e o Ministro Celso de Mello, que concedia a ordem.

**HC 123108/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123108)**

**HC 123533/SP, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123533)**

**HC 123734/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123734)**

Ante o exposto, nego provimento aos embargos de divergência.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL  
Nº 221.999 - RS (2013/0148564-9)**

**VOTO**

**O EXMO.SR.MINISTRO FELIX FISCHER (Relator):** Trata-se de **embargos de divergência** interpostos pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão proferido pela col. Sexta Turma desta Corte.

A questão nele debatida circunscreve-se à possibilidade ou não de aplicação do **princípio da insignificância** no caso de o réu ser reincidente.

No caso em exame, **vale registrar**, imputa-se ao acusado a subtração de **uma mochila**, avaliada em **R\$ 69,90** (sessenta e nove reais e noventa centavos). O eg. Tribunal de origem, a despeito do acusado ser reincidente, aplicou o referido princípio, mantendo a r. sentença absolutória.

A orientação emanada da eg. Corte de origem foi sufragada pelo aresto ora embargado, assim ementado:

*"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. BEM JURÍDICO TUTELADO DE VALOR ÍNFIMO (MOCHILA NO VALOR DE R\$ 69,00 RESTITUÍDA À VÍTIMA). REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER PESSOAL QUE NÃO OBSTA O RECONHECIMENTO DO CRIME DE BAGATELA.*

*1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em especial desta 6ª Turma, é firme no sentido de que a análise de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, não constituem óbice ao reconhecimento dos crimes de bagatela.*

*2. A decisão impugnada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, uma vez que o agravante não foi capaz de mostrar seu desacerto.*

*3. Agravo Regimental a que se nega provimento".*

Somente os embargos interpostos pelo Ministério Público Federal foram

# Superior Tribunal de Justiça

admitidos, em decisão monocrática proferida pelo então Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze (fls. 433-434).

Após, o novo **Relator**, o eminente Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, **acolheu os embargos de divergência** e propugnou a sedimentação da seguinte tese: "*a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável*".

Além disso, concluiu que, "*cuidando-se de verdadeiro benefício na esfera penal, não há como deixar de analisar o passado criminoso do agente*".

A eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, por outro lado, ao **inaugurar a divergência**, entendeu possível a aplicação do princípio ao fundamento de que a reincidência e a reiteração delitiva não teriam, por si sós, aptidão para afastar a sua aplicação, quando configurada a atipicidade material da conduta. Desse modo, ao contrário do Relator, votou pelo **desprovimento** do recurso.

Pedi vista para melhor examinar a **quaestio**, levando em conta o fato de a aplicação do princípio da insignificância pelos Tribunais Superiores revelar-se oscilante e, muitas vezes, destituída de critérios seguros.

Insta consignar, inicialmente, que referido princípio funciona como **critério de interpretação restritiva dos tipos penais**, cuja consequência é afastar a tipicidade de condutas **destituídas de potencialidade** lesiva ao bem jurídico tutelado.

Em outras palavras, ao lado da **tipicidade formal**, consubstanciada na **justa adequação** da conduta ao tipo penal, exige-se ainda, para a configuração do fato típico, a **tipicidade material**, traduzida na **ofensa** ao bem jurídico protegido pela norma.

Na linha da doutrina especializada no exame da matéria:

*"Procura-se, atualmente, atribuir ao tipo penal, além do sentido puramente formal, um caráter material. Assim, pode-se afirmar que o comportamento humano, para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável"* (Manães, Carlo Vico in "O Princípio da Insignificância como Excludente de Tipicidade no Direito Penal", São Paulo, Saraiva, 1994, p. 53).

Dessarte, não obstante reconhecido pela doutrina, a dificuldade de

delimitação de seus contornos decorre, dentre outros motivos, da **ausência de previsão legal** (a doutrina costuma apontar sua existência somente no art. 209, § 6º do Código Penal Militar), o que torna a tarefa da jurisprudência ainda mais tormentosa. Some-se a isso um **indevido alargamento** de sua aplicação ao longo dos anos, notadamente nos casos referentes aos **crimes de furto e descaminho**.

Desse modo, na tentativa de conferir **contornos mais nítidos** ao princípio da insignificância, farei, a seguir, algumas observações que reputo necessárias para melhor enfrentamento da **quaestio**.

Em **primeiro lugar**, entendo que o juízo acerca da configuração do crime de bagatela **deve ficar adstrito ao exame do fato típico**. Em outros termos, deve-se restringir somente à análise do grau da ofensa causada ao bem jurídico tutelado, **sem que se faça** incursões sobre outros elementos do conceito analítico do delito.

Anoto preliminarmente que, embora venha acompanhando a orientação hoje predominante na Quinta Turma, firmada no mesmo sentido do voto do eminente Relator, tenho consignado que o faço em **respeito ao princípio da colegialidade**, pois não comungo desta orientação, que leva em conta a personalidade do agente para definir a possibilidade de aplicação ou não do princípio em referência (v.g.: AgRg no REsp 1.540.132/MG, Quinta Turma, **de minha relatoria**, Dje de 09/10/2015).

Assim, uma vez verificada a **atipicidade da conduta** em decorrência da aplicação do princípio, por **faltar-lhe tipicidade material**, não se fará necessário proceder ao exame subsequente da ilicitude, bem como da culpabilidade, ou seja, dos demais elementos do crime.

É por esse motivo que **reputo indevida** a investigação, neste momento, de dados referentes à personalidade do agente, tais como a circunstância de ser reincidente ou se dedicar a atividades criminosas, porquanto **não guardam relação com o exame do fato típico**. A se admitir adequada essa última orientação - sustentada no voto do eminente Relator - alcançar-se-ia **resultado hermenêutico inaceitável**, porquanto a definição da existência do fato típico necessitará do exame imprescindível das características do autor do fato, subvertendo indevidamente a

dogmática penal.

Para melhor ilustrar, **exemplifico**: duas pessoas, em datas distintas, subtraem bens de valor considerado insignificante. Uma delas é reincidente, a outra não. Supondo que as condutas sejam praticamente idênticas, teremos **soluções diametralmente opostas**, pois o primeiro terá cometido um fato típico, já o segundo, não, muito embora ambos tenham subtraído coisa alheia móvel de valor ínfimo.

Portanto, esse o perigo de se considerar dados externos à figura típica como critério para a aplicação do referido princípio: **características do agente passam, indevidamente, a definir o juízo de tipicidade.**

Nesse sentido, vale consignar a lúcida advertência de **Luiz Luisi**, realizada no longínquo mês de fevereiro de 1998, em artigo publicado no Boletim do IBCCrim:

*"É por demais sabido que se inexistente a tipicidade, as circunstâncias presentes no contexto fático, e a vida pregressa do indiciado, não tem o condão de dar matiz criminal ao fato. Uma lesão insignificante a um bem jurídico, mesmo que seja de autoria de um celerado, reincidente na prática dos mais graves delitos, não faz com que ao mesmo se possa atribuir a prática de crime. A vida pregressa, os antecedentes, por mais hediondos que sejam, não podem levar a tipificação criminal de uma conduta que, por ter causado insignificante dano a um bem jurídico tutelado, não lhe causou uma lesão relevante. Somente após se entender tipificado o fato, é que se podem considerar as circunstâncias que o cercaram e a vida pregressa de seu autor, para efeito de se aferir sua culpabilidade, e a conseqüente dosagem da pena. É, permissa venia, totalmente equivocado o aresto questionado por entender que a vida pregressa, e a natureza do ocorrido, ou seja, um pequeno arranhão, podem fazer com que se tipifique uma inexpressiva lesão a um bem jurídico protegido pela ordem penal" (negritos aditados).*

Necessário sublinhar que essa indevida consideração de dados referentes ao autor do fato para a definição do fato típico, data vênica, está presente também na jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**, notadamente se considerados os **vetores** eleitos para a aplicação do princípio, orientação consagrada no julgamento do HC 84.412/SP, relatado pelo eminente Ministro Celso de Mello.

Com efeito, definiu-se no referido julgado que para a aplicação do princípio devem ser analisadas, **concomitantemente, i)** a mínima ofensividade da

conduta do agente, **ii)** nenhuma periculosidade social da ação, **iii)** reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e, **iv)** a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A **mínima ofensividade** da conduta do agente e a **inexpressividade da lesão jurídica** provocada, por dizerem respeito à verificação de ofensa ao bem jurídico tutelado, a meu ver, **funcionam** como critérios adequados para o exame da matéria. **Contudo**, ou outros dois vetores (nenhuma periculosidade social da ação e reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento), não se ajustam aos contornos do tema em foco, porquanto relacionados a **elementos estranhos ao fato típico**.

Insta consignar, pela relevância dos argumentos, a advertência feita por **Mohamad Mahmoud**, ao analisar a orientação firmada pela Suprema Corte, no sentido de que "*tem-se utilizado da culpabilidade e da periculosidade para afastar o princípio que, com tais conceitos, não se relaciona*". Mais adiante, conclui, ao afirmar que: "*seja qual for a definição que se atribua ao princípio da insignificância, mais ou menos ampla, certo é que não se pode admitir a invasão de categorias que são estranhas à tipicidade*" (**in** Boletim do IBCCrim, ano 18, nº 216, novembro/2010).

Desse modo, a orientação emanada da Suprema Corte e pacificamente observada neste Tribunal, deve sofrer uma revisão para limitar o exame do princípio da insignificância ao fato típico.

**Em segundo lugar**, tal consideração - que leva em conta a personalidade do agente no exame da insignificância - constitui, a meu ver, **indevida aplicação de um repudiável direito penal do autor** em detrimento do **direito penal do fato**. Isso porque, ao assim proceder, dá-se mais ênfase a características do autor da conduta do que ao que foi por ele realizado, o que não se revela consentâneo com as balizas do direito penal brasileiro, direito penal do fato, sustentado no princípio da culpabilidade, cujas linhas mestras encontram-se encartadas na Constituição Federal, que se notabiliza pela ampla proteção aos direitos fundamentais.

**Claux Roxin**, a propósito do tema, ensina que:

*"Está claro que el principio nullum crimen, nulla poena sine lege favorece más el desarrollo de un Derecho penal del hecho que el de un Derecho penal de autor; pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión o determinación que unos preceptos penales que atiendan a 'un elemento criminógeno permanente' en la persona del autor...Así pues, un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un Estado de Derecho liberal se inclinará siempre hacia un Derecho penal del hecho" (in "Derecho Penal - Parte General". Tomo I, Civitas, fl.177).*

Em suma, a preponderância da avaliação de circunstâncias pessoais referentes ao agente, relegando-se a segundo plano a conduta praticada, como forma de averiguar a prática de um fato típico, aproxima-se, **indevidamente**, de um indesejável direito penal do autor.

**Em terceiro lugar**, a orientação que o Relator pretende fazer prevalecer **vulnera**, ainda, o **princípio da legalidade e seus postulados** (Art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal):

*"Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal".*

É que, como demonstrado, o preenchimento dos elementos do tipo passa a depender do exame de **dados estranhos à figura típica**, acarretando, inequivocamente, insegurança jurídica na verificação da realização dos tipos penais.

O legislador, ao definir o crime de furto no art. 155 do Código Penal, não incluiu, dentre os **elementos do tipo**, dados referentes à características do autor. Portanto, tais elementos não devem influir no ato de subsunção da conduta ao modelo legal (ao contrário, por exemplo, do furto privilegiado, em que, expressamente, há referência à necessidade do agente ser primário).

Ainda, decorre do princípio da legalidade a exigência de que a lei penal seja **praevia** (proibição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade), **scripta** (proibição de que o direito consuetudinário fundamente ou agrave a punibilidade), **stricta** (proibição da analogia in **malam partem**) e, por fim, **certa (proibição de leis penais indeterminadas)**.



# Superior Tribunal de Justiça

Nesse último desdobramento do princípio da legalidade (**lege certa**), **especificamente**, que reputo malferido o princípio, haja vista a indeterminação que causa na aplicação da lei penal, conforme já ressaltado. Vulnera-se, desse modo, inequivocamente, a **função de garantia**, própria dos tipos penais.

O crime de furto, previsto no art. 155, **caput**, do CP, não faz, a toda evidência, qualquer menção a características do autor da ação, somente dispondo que viola a norma penal "*subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*". Por tal razão, **insisto**: considerações sobre a pessoa do autor do fato não podem, de forma alguma, influenciar no juízo de tipicidade da conduta descrita no **caput**.

Pois bem. A questão, a meu juízo, não se resume à discussão se se deve considerar ou não a personalidade do agente - o que foi aqui rechaçado - para a aplicação do princípio.

O problema reside, outrossim, no já mencionado **indevido alargamento** de sua aplicação.

Tal fenômeno gera, a meu ver, **dois problemas distintos**: **i)** o demasiado reconhecimento do delito de bagatela, deixando o patrimônio desprotegido da tutela penal em situações que reclamariam pronta intervenção da justiça criminal e, **ii)** uma **reação da jurisprudência** que, não obstante proceda à ampliação das possibilidades de aplicação do princípio, nos termos acima referido, busca, de algum modo, em sentido inverso, limitar essa aplicação, por percebe-la exagerada, movida, em grande parte, pelo receio de que essa aplicação "elastecida" acabe por estimular a reiteração na prática de condutas delitivas.

Imperioso reconhecer, quanto a este ponto, que, de fato, **há uma indevida e descontrolada aplicação do princípio** a casos que, **s.m.j.**, não se ajustariam à definição do que é uma conduta insignificante. Porém, a forma de se ajustar tal aplicação passa por uma releitura do instituto e pela definição de parâmetros mais seguros, e não pela indevida consideração de dados estranhos à figura típica.

No **caso do delito de furto**, tratado no presente recurso, a ampliação gradual ao longo dos anos do valor utilizado como parâmetro, de forma casuística, levou a que se considere condutas relevantes como indiferentes penais.

Verifico, neste cenário, que o melhor encaminhamento da questão passa por uma, por assim dizer, "represtinação" do denominado **tipo privilegiado** desta figura típica, previsto no § 2<sup>a</sup> do art. 155 do Código Penal. Dessa forma, considerado **o pequeno valor da coisa furtada**, e desde que o agente seja primário, pode-se, em caso de condenação, substituir-se a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de 1 a 2/3, ou aplicar somente a pena de multa.

Ocorre que a figura acima referida, **inexplicavelmente**, é muito pouco aplicada na práxis. Condutas que a ela se amoldariam passaram a ser consideradas, de forma indevida, como um **indiferente penal**, alcançada, pois, pela aplicação elastecida do princípio da insignificância. Ou seja, atualmente, ou o furto é considerado insignificante, ou é definido na forma do **caput** ou, ainda, na forma qualificada. Dessarte, a figura dita privilegiada raramente é caracterizada.

Entretanto, tenho que, uma vez reconhecida a tipicidade formal da conduta, deve-se perquirir sobre a possibilidade de enquadrá-la no tipo privilegiado, uma vez constatado o **baixo valor** da **res** subtraída, e, por outro lado, reservar a aplicação da insignificância somente a casos realmente destituídos de relevância penal, como propugnado pelos criadores do princípio.

**Lesão insignificante não é o mesmo que lesão de bem de pequeno valor**, muito embora essa diferença não estar sendo observada pela jurisprudência. A primeira enseja a atipicidade do fato, a segunda o reconhecimento, se possível, da forma privilegiada.

Esse o critério, a meu juízo, para balizar a aplicação do princípio em comento: pequeno valor enseja a configuração do tipo privilegiado; dano insignificante a atipicidade da conduta. Não há como, por outro lado, estabelecer um parâmetro objetivo e estático. A solução dos problemas passa pelo exame das peculiaridades do caso concreto, conforme recentemente decidiu o eg. Supremo Tribunal Federal (**Informativo nº 793/STF**).

Cabe ainda a advertência de que, mantido o panorama atual, em que se admite a aplicação da insignificância no caso de furtos não insignificantes, parcela da população menos favorecida economicamente permanecerá carente de tutela penal.

# Superior Tribunal de Justiça

Bujões de gás, bicicletas, roupas e outros bens que lhe são caros passam a ser desconsiderados pela justiça criminal no caso de subtração, abrindo espaço para a indesejável vingança privada.

Este quadro **afronta o princípio da proporcionalidade**, em sua vertente que **proíbe a proteção deficiente** a bens jurídicos constitucionalmente tutelados, como no caso do patrimônio. Por meio dele cria-se um dever de proteção a ser cumprido pelo Estado, de forma a se resguardar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Nas palavras do eminente **Ministro Gilmar Mendes**:

*"Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental (voto vista proferido no RE 418.376/MS, Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, Dje de 23/03/2007).*

O legislador ordinário, no desempenho dessa missão, criminalizou a conduta do furto, prevendo pena privativa de liberdade, como regra, para a infração à norma nela contida. Desse modo, exceto no caso de condutas insignificantes, as demais que se ajustem à figura típica reclamam intervenção estatal, sob pena de o Estado não realizar missão a ele, neste caso, exclusivamente confiada, qual seja, promover a persecução penal e, se for o caso, a posterior aplicação da lei penal.

Vale anotar que o delito de furto, ao contrário do que se passou com o do usuário de drogas (previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006), para o qual abandonou-se a previsão de pena privativa de liberdade mediante reforma operada pelo Poder Legislativo, ainda reclama aplicação de pena privativa de liberdade na maioria dos casos, razão pela qual não se afigura legítimo excluir sua incidência quando necessária (a toda evidência, não se tratando de fato insignificante ou mesmo de furto privilegiado, que autoriza a aplicação apenas da pena de multa).

Em resumo, proponho uma revisão dos contornos do princípio da

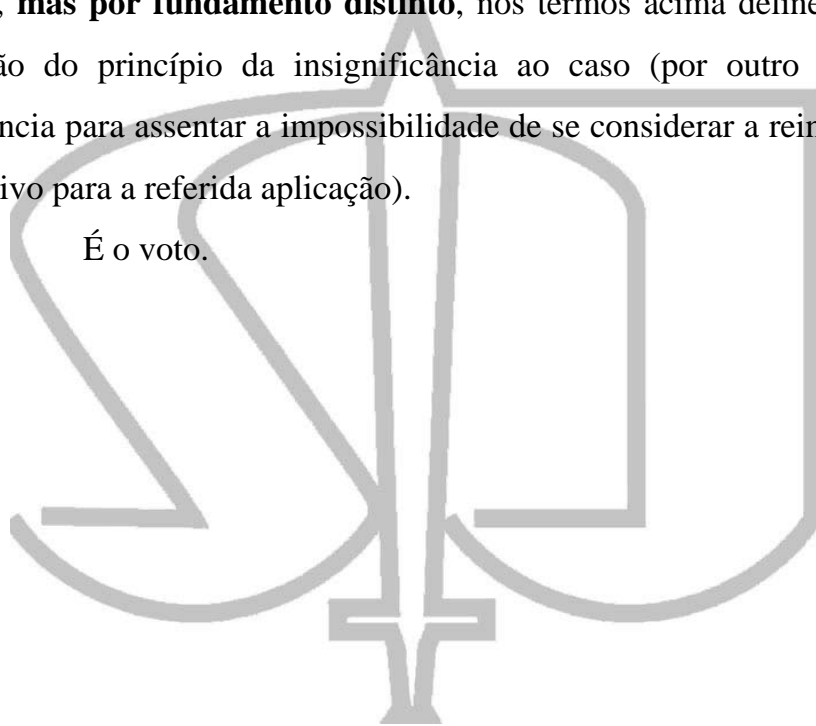
# *Superior Tribunal de Justiça*

insignificância para que seja aplicado somente no caso de condutas que sejam, de fato, irrelevantes, incapazes de malferir o bem jurídico tutelado, afastada a possibilidade de levar-se em conta, para tanto, características do autor do fato.

No caso em exame, tendo em vista que o valor da **res** foi avaliado em R\$ 69,00 (sessenta e nove reais), não o reputo insignificante, mas sim, de pequeno valor, razão pela qual afasto a aplicação do princípio em discussão.

Ante o exposto, **acompanho em parte** o Relator para dar provimento ao recurso, **mas por fundamento distinto**, nos termos acima delineados, para afastar a aplicação do princípio da insignificância ao caso (por outro lado, acompanho a divergência para assentar a impossibilidade de se considerar a reincidência como fator impeditivo para a referida aplicação).

É o voto.



**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 221.999 - RS (2013/0148564-9)**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

Nestes Embargos de Divergência opostos pelo Ministério Público Federal (fls. 340-360), o objeto da controvérsia cinge-se à possibilidade do reconhecimento da atipicidade material da conduta de acusado por **crime de furto simples** (CP, art. 155, *caput*), em razão da incidência do princípio da insignificância, não obstante a existência de maus antecedentes e de reincidência específica na prática desse delito.

**I. Fundamentos da incidência do princípio bagatelar**

*Ab initio*, registro **minha posição favorável à possibilidade de, a despeito da subsunção formal de um tipo penal a uma conduta humana, concluir-se pela atipicidade material da conduta**, por diversos motivos, entre os quais **a ausência de necessidade da tutela penal**.

Em verdade, a doutrina tradicional, como observa JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA BOSCHI, propõe o emprego dos critérios do *desvalor da ação* (adoção de meios usuais e não especialmente censuráveis pelo autor), do *desvalor do resultado* (que se afere pela lesão propriamente dita) e da *intensidade da culpabilidade*, para determinar a insignificância, aos quais se soma ainda o critério da "proporcionalidade entre a pena e o delito, indicando que a sua ausência retira a razão de ser da própria punibilidade" (*Ação penal. Denúncia, queixa e aditamento*. Porto Alegre: Aide, 1993, p. 70).

Eis um tema que desperta grande dificuldade ao operador do Direito, quer para aceitar a incidência de tal princípio orientador da aplicação da lei penal, quer para lhe definir os contornos precisos.

Mas, como alerta LUIGI FERRAJOLI, a interpretação da lei "é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas". Não sendo o juiz uma máquina perfeita de aplicar leis, a tarefa de dizer o direito se distingue em espaços de poder, dentre os quais o poder de *conotação* ou de compreensão equitativa dos fatos. Assim, "além de comprovar os fatos abstratamente indicados na lei como pressupostos da pena, o juiz deve discernir as conotações que convertem cada fato em diverso dos demais, por

mais que estes pertençam ao mesmo gênero jurídico".

No plano axiológico, diz ainda, a necessária limitação do poder punitivo do Estado não se incompatibiliza com a presença de “momentos valorativos, quando estes, em vez de se dirigirem a punir o réu para além dos delitos cometidos, servem para excluir sua responsabilidade ou para atenuar as penas segundo as específicas e particulares circunstâncias nas quais os fatos comprovados se tenham verificado. Daí segue que não só é estranha, mas também incompatível com a epistemologia garantista, a ideologia mecanicista da aplicação da lei, expressada na célebre frase de Montesquieu: "Os juízes da nação não são, como temos dito, mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis" (LUIGI FERRAJOLI. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33/34).

Eis a razão para, máxime na jurisdição criminal, exigir-se a **singularização do caso julgado**, de modo a **construir-se artesanalmente a decisão**, externando, mercê da **suficiente motivação do ato**, as razões que levaram o órgão competente a, **apreciadas as questões fáticas, com suas particularidades**, escolher, entre as possíveis interpretações jurídicas, a que melhor o conduziu à **justa aplicação do direito ao caso concreto**.

Ainda levando em conta as exigências de uma leitura diferenciada do conflito de natureza penal – dadas as peculiaridades que distinguem a jurisdição penal da civil – não há de se fechar o juiz criminal aos mandados de otimização que derivam de princípios que interferem na atividade punitiva do Estado.

Entre esses princípios destacam-se, naquilo que ora interessa decidir, os princípios que subjazem à idéia da **necessidade**, como base justificadora e legitimadora da sanção penal.

Se o Direito Penal é um mal necessário, – não apenas instrumento de prevenção dos delitos, mas também técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito (LUIGI FERRAJOLI. *Direito e Razão*, op. cit., p. 439) – sua intervenção somente se legítima "nos casos em que seja imprescindível para cumprir os fins de proteção social através da prevenção de fatos lesivos" (JESUS MARIA SILVA SANCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporâneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p.247, tradução livre).

O enunciado do *princípio da necessidade da pena*, como advertido por JUAREZ TAVARES, geralmente se articula com outros

princípios, entre os quais o da *fragmentariedade* – "o Direito Penal só pode intervir quando se trate de tutelar bens fundamentais e contra ofensas intoleráveis" – e o da *subsidiariedade* – "a norma penal exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais ramos do Direito não mais se mostrem eficazes na defesa dos bens jurídicos" (*Critérios de seleção de crimes e cominação de penas*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número de lançamento, RT, p. 75/87).

E, na escolha dos **bens jurídicos a tutelar**, é preciso que se tenha presente – prossegue, na obra citada, JUAREZ TAVARES – que a intervenção penal do Estado se dá, sob a ótica puramente formal, a partir da tipificação de condutas. Porém, **sob o enfoque material**, exige-se que tal intervenção leve em consideração que as condutas proibidas são produto de seres humanos, enquanto inseridos em condicionamentos sociais, o que legitima a norma apenas se tiver ela como escopo impedir uma **lesão concreta de um bem jurídico**.

Bem a propósito, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS reporta-se ao *princípio da lesividade* como "a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal: lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos, como a integridade ou saúde corporal, a honra, a liberdade, a propriedade, a sexualidade etc, não constituem crime" (*Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris ICPC, 2006, p. 26).

Em suma,

Todo trabalho legislativo deve partir da idéia de que o Direito Penal não é o único nem, muito menos, o melhor instrumento de combate à criminalidade. Por isso, deve ser empregado como *ultima ratio*. A sanção penal há de ser reservada, exclusivamente, para os casos mais graves e, mesmo assim, somente depois que os demais instrumentos de controle social se mostrarem insuficientes. O custo social da pena recomenda a parcimônia. Este modo de ver o Direito Penal não é novo, pois já estava contido no art. 8º da Declaração francesa dos Direitos Humanos, de 26.8.1789 - "A lei não deve estabelecer mais penas do que as estrita e manifestamente necessárias" - que acolhia uma das principais reivindicações de Beccaria. Na moderna Política Criminal corresponde aos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade do Direito Penal (JOÃO MARCELO DE ARAÚJO JÚNIOR. Dos crimes contra a ordem econômica. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 50)

Toda essa doutrina, reprimada do Direito Romano (no qual se aplicava o brocardo *minimus non curat praetor*) por Claus Roxin, na década de 60 do Século passado, consoante referido por ex-membro desta Corte Superior, Francisco de ASSIS TOLEDO, quando, em conhecida obra, pontuou que "... **segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas**" (*Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 187).

Salientou o saudoso penalista que a conduta, para ser crime, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, "mas não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, **materialmente lesiva a bens jurídicos**, ou ética e socialmente reprovável" (*op. cit.*, p. 185, grifamos).

## **II. Critérios jurisprudenciais para o reconhecimento do princípio da insignificância**

Admitida, portanto, a possibilidade de aplicação do **princípio da insignificância como critério para a verificação judicial da relevância penal da conduta humana** sob julgamento, vale assinalar como o tema tem sido tratado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na Corte Suprema, a insignificância da conduta (e/ou do resultado) vem sendo há tempos reconhecida como fator impeditivo para a não configuração de figuras criminosas, como se extrai de um dos primeiros casos julgados após a Constituição de 1988, no qual se assentou (RHC 66.869/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 28/4/1989, p. 6295), que "se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito e de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos - e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois - há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as varas criminais, geralmente tão oneradas".

Atualmente, **dois pensamentos oriundos do STF** têm ensejado reverberação doutrinário-jurisprudencial. O primeiro deles, muito recorrente em decisões e arestos de outros tribunais, é da lavra do Ministro Celso de Mello, e vem condensado na seguinte ementa:



EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – TENTATIVA DE FURTO PRIVILEGIADO (CP, ART. 155, § 2º, C/C O ART. 14, II) – “RES FURTIVAE” NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 30,00 (EQUIVALENTE A 4,42% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. **Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do**

**Poder Público.** (HC 115.246/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª T., DJe 26/6/2013 - grifamos).

Em similar análise, assim é posta a questão no seguinte excerto do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, ex-integrante daquela Corte:

[...] 7. É possível listar diretrizes de aplicação do princípio da insignificância, a saber: **a) da perspectiva do agente**, a conduta, além de revelar uma extrema carência material, ocorre numa concreta ambiência de vulnerabilidade social do suposto autor do fato; **b) do ângulo da vítima**, o exame da relevância ou irrelevância penal deve atentar para o seu peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeito da conduta do agente, a ponto de não experimentar revoltante sensação de impunidade ante a não-incidência da norma penal que, a princípio, lhe favorecia; **c) quanto aos meios e modos de realização da conduta**, não se pode reconhecer como irrelevante a ação que se manifesta mediante o emprego de violência ou ameaça à integridade física, ou moral, tanto da vítima quanto de terceiros. Reversamente, sinaliza infração de bagatela ou penalmente insignificante aquela que, além de não se fazer acompanhar do 'modus procedendi' que estamos a denunciar como intolerável, revela um atabalhoamento ou amadorismo tal na sua execução que antecipa a sua própria frustração; isto é, já antecipa a sua marcante propensão para a forma não mais que tentada de infração penal, porque, no fundo, ditadas por um impulso tão episódico quanto revelador de extrema carência econômica; **d) desnecessidade do poder punitivo do Estado**, traduzida nas situações em que a imposição de uma pena se autoevidencie como tão despropositada que até mesmo a pena mínima de privação liberdade, ou sua conversão em restritiva de direitos, já significa um desbordamento de qualquer idéia de proporcionalidade; e) finalmente, **o objeto material dos delitos patrimoniais há de exibir algum conteúdo econômico**, seja para efetivamente desfalcocar ou reduzir o patrimônio da vítima, seja para ampliar o acervo de bens do agente. (HC 109.134/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, 2ª T., DJe 1/3/2012) Destaquei.

No Superior Tribunal de Justiça outro não tem sido o direcionamento dado à maioria de seus julgados, ainda que sob reservas de um ou outro dos integrantes das duas turmas que compõem a Terceira Seção.

De fato, na **Sexta Turma**, tem-se decidido que **não se caracteriza** a insignificância da conduta nos casos em que há indicação de alguma peculiaridade que impede o reconhecimento da atipicidade da conduta. Como exemplo, cito as seguintes decisões relativas ao crime de furto:

a) de objetos do interior de estabelecimento comercial que, apesar de avaliados em apenas R\$ 100,00, foram **subtraídos mediante arrombamento** (AgRg no AREsp 1.536.224/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 1º/10/2015, DJe 27/10/2015); b) de gêneros alimentícios, produtos de limpeza, uma caixa de fósforo e um par de tênis, **em residência, mediante rompimento de obstáculo, danificando a porta dos fundos do domicílio da vítima**. (HC 183.889/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/8/2013, DJe 26/8/2013; AgRg no REsp 1392545/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/8/2013, DJe 12/9/2013); c) de 51 metros de **cabos de energia elétrica de diversas casas**, danificando-os na retirada. (HC 184.556/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/8/2013, DJe 22/8/2013); d) de objetos guardados **no interior de um automóvel, danificando o veículo ao procurar retirar os itens**, sendo o **paciente multirreincidente específico** e praticando o fato durante o **repouso noturno e em coautoria** (HC 258.743/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/2/2013, DJe 8/3/2013); e) **em coautoria, do caixa de estabelecimento comercial**, pulando para dentro do balcão e aproveitando-se da distração do responsável, sendo pego, logo depois, com maconha, cujo crime de posse só não foi firmado em face da extinção da punibilidade. [...] (HC 180.726/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 7/2/2013, DJe 20/2/2013); f) de bolsa contendo documentos pessoais e cartões bancários, **estando o autor do delito em cumprimento de pena pelo cometimento de outro crime contra o patrimônio**. (HC 240.460/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/6/2012); g) de uma bicicleta, **em concurso de agentes, e atribuição de falsa identidade ao ser preso** (HC 213.827/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/5/2013, DJe 7/6/2013); h) de **uma colher de pedreiro, avaliada em R\$4,00**, mediante **escalada de muro** que protegia a residência (HC 253.360/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 2/4/2013, DJe 1/8/2013, RESSALVA DA MIN MARIA THEREZA); i) de 03 peças de vestuário, avaliadas em R\$ 129,88, **em coautoria com um adolescente** (HC 196.862/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA,

julgado em 4/12/2012, DJe 18/12/2012).

Na Quinta Turma é ainda mais pacificada a jurisprudência que repudia a insignificância da conduta em casos de furto:

**a) cometido reiteradamente**, denotando profissionalismo delitivo (HC n. 289.368/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 17/9/2015, DJe 22/09/2015); **b) de bens avaliados em R\$ 6,00, mediante rompimento de obstáculo e concurso de agentes** (HC 262.980/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, julgado em 19/3/2015, DJe 06/4/2015); **c) de dois sabonetes avaliados em R\$ 48,00, sendo o autor reincidente** (HC 221.927/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgado em 17/9/2013, DJe 25/9/2013); **d) de ferramentas avaliadas em R\$ 100,00, do interior de uma residência** (AgRg no REsp 1.331.563/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgado em 10/9/2013, DJe 19/09/2013); **e) por infrator habitual** (AgRg no REsp 1.388.342/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, julgado em 05/9/2013, DJe 10/09/2013).

### **III. A necessidade de diálogo entre a dogmática penal e a política criminal na interpretação e aplicação das normas punitivas**

Parece-me claro que, para a delimitação do âmbito de aplicação da insignificância, o juiz deverá ponderar o conjunto de circunstâncias que rodeiam a ação, a fim de estabelecer se o delito, "embora se encontre formalmente descrito em um tipo penal, não afeta de maneira relevante o bem jurídico que o tipo protege" (ABEL CORNEJO. *Teoría de la insignificância*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 72, tradução livre).

E, para empreender-se essa tarefa, alguns fatores, como os elencados nos julgados acima referidos, hão de ser considerados. É dizer, saber se um comportamento formalmente típico deve receber ou não punição, quer pela sua tipicidade material, quer por sua relevante reprovabilidade, importa em avaliar:

- I. o valor do bem ou dos bens furtados;
- II. a situação econômica da vítima;
- III. as circunstâncias em que o crime foi perpetrado, é dizer, se foi de dia ou durante o repouso noturno, se teve o concurso de terceira pessoa, sobretudo adolescente, se rompeu obstáculo de considerável valor para a subtração da coisa, se abusou da confiança da vítima etc;

IV. a personalidade e as condições pessoais do agente, notadamente se demonstra fazer da subtração de coisas alheias um meio ou estilo de vida, com sucessivas ocorrências (reincidente ou não).

Em verdade, a desconsideração de uma conduta humana que viola o tipo penal, ao menos formalmente, implica uma operação mental por parte do juiz, como intérprete da vontade da lei (*mens legis*), premido por **critérios que bem sugerem a política criminal estatal a ser adotada na definição dos bens jurídicos que serão penalmente protegidos e em que medida.**

A meu sentir, não se justifica, dessarte, aplicar *tout court* a dogmática penal e desconsiderar que o **princípio da insignificância nada mais é do que uma manifestação, no plano jurisdicional, da política criminal do Estado**, permeável aos valores cultivados pela sociedade, em seu tempo e espaço.

**Sopesar, portanto, os dados empíricos do processo** – sejam quais forem – implica o reconhecimento de que, na concretização do poder punitivo estatal, **há algo além da mera tipicidade formal do comportamento.** Implica reconhecer que, **conservador ou liberal, o julgador densifica uma dada política criminal, que há de dialogar, necessariamente, com a dogmática penal.**

Os conceitos jurídico-penais, como lecionam Roxin e Schünemann, não de ser "capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas", visto que, ante a missão constitucional do Direito Penal, que é a de "proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial", a construção do sistema punitivo não deve vincular-se a dados meramente ontológicos, e sim orientar-se pelos fins do Direito Penal. (LUIS GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000).

Nesse particular, oportunas as Palavras de Figueiredo Dias, que ora reproduzo:

“Até finais do século passado, porém, ia-se bem mais longe e defendia-se que a hoje chamada dogmática jurídico-penal era a única ciência que servia a aplicação do direito penal e, por conseguinte, a única que o jurista-penalista podia e devia legitimamente cultivar. Nessa altura, contudo, foi reconhecido

que a tarefa social de controle do crime não se podia bastar com uma ciência puramente jurídica, normativa e dogmática. [...] Foi mérito de Franz von Liszt ter criado, na base das especiais relações intercedentes entre estes vários pensamentos do crime [...] o *modelo tripartido* do que chamou a “ciência conjunta (total ou global) do direito penal”. [...]

Esta ideia de v. Liszt, como todas as ideias verdadeiramente precursoras, não se conseguiu impor no âmbito jurídico-penal sem antes ter acarretado ao seu autor muitas incompreensões e mesmo a mais decidida oposição. Nesta se tendo distinguido Karl Binding, que acusou as concepções “globais” deste tipo de abandonar o solo firme da lei, do seu tratamento dogmático-sistemático, do seu conhecimento e da sua aplicação precisos, para, cedente a “impulsos diletantes”, penetrar no terreno movediço e interdito a juristas enquanto tais das investigações de caráter *político e científico-natural* .

Apesar de todas essas críticas, porém, a ideia-mestra da ciência conjunta do direito penal não se perdeu mais e constituiu ao longo de todo o nosso século – como continua ainda hoje a constituir – ponto de referência obrigatório de uma compreensão exata e abrangente, que aqui em último termo visou alcançar, do estatuto do mútuo relacionamento da dogmática jurídico-penal, da política criminal e da criminologia” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23-25)

Não desconheço existir forte e qualificada **resistência** doutrinária e por considerável segmento da jurisprudência dos tribunais superiores, como visto acima, **em admitir que a reiteração delitiva do agente**, máxime em crimes de natureza patrimonial, **possa ser sopesada** no momento em que, no exame do caso concreto, o magistrado deve decidir se a conduta é materialmente típica, ou, em linguagem e significância mais amplas, se o ato perpetrado reclama punição penal.

**Decerto que a simples existência de maus antecedentes penais, sem a devida e criteriosa verificação da natureza desses atos pretéritos, não pode servir de barreira automática para a invocação do princípio bagatelar.** Com efeito, qual o relevo, para o reconhecimento da natureza insignificante de um furto, de constatar-se que o agente, anteriormente, fora condenado por desacato à autoridade, por lesões corporais culposas, por

crime contra a honra e por outros ilícitos que não apresentam qualquer conexão comportamental com o crime patrimonial sob exame?

**Outra, creio, haverá de ser a conclusão se constata o aplicador da lei que o agente, nos últimos anos, vem-se ocupando de cometer pequenos furtos, seja por compulsão, seja por mera decorrência de um hábito contrário ao direito, seja, ainda, por fazer da subtração de bens alheios um meio de sustento.**

Se do ponto de vista da mera dogmática penal esses fatos não poderiam ser considerados como óbice ao reconhecimento da insignificância penal – por aparentemente sinalizar a prevalência do direito penal do autor e não do fato – **não me parece deva o juiz, na avaliação da conduta formalmente correspondente a um tipo penal, ignorar o contexto que singulariza a conduta como integrante de uma série de outras de igual natureza**, as quais, se não servem para caracterizar a continuidade delitiva, bem evidenciam o comportamento humano avesso à norma penal e ao convívio respeitoso e harmônico que se espera de todo componente de uma comunhão social.

Daí a copiosa jurisprudência desta Corte, notadamente de sua Quinta Turma, rechaçando a incidência do princípio da insignificância em casos tais, ao argumento de que: “[o princípio da insignificância] não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas sim para impedir que desvios ínfimos e isolados sejam sancionados pelo direito penal.” (Min. Marco Aurélio Bellizze, **AgRg no AREsp 388.938/DF**, DJe 23/10/2013); “a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma, sob pena de verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida.” (Min. Laurita Vaz, **RHC 37.453/MG**, DJe 27/9/2013); “O comportamento versado nos autos se amolda tanto à tipicidade formal e subjetiva, quanto à tipicidade material, que consiste na relevância jurídico-penal da ação, visto que restou destacado que o furto em questão não representa fato isolado na vida do paciente, impondo-se, portanto, a incidência da norma penal de modo a coibir a reiteração criminosa.” (Rel. Min. Jorge Mussi, **HC 267.447**, DJe 6/8/2013); o princípio da insignificância não foi concebido para resguardar ou legitimar constantes condutas desvirtuadas, sob pena de se criar um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal ou de se estimular a prática reiterada de furtos de pequeno valor, mormente por aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida. (Min. Sebastião Reis

Júnior, **AgRg no REsp 1.376.502/MG**, DJe 23/8/2013).

Assim, conquanto respeite os argumentos dogmáticos que não coonestam essa jurisprudência, **alio-me aos que, por razões derivadas predominantemente de política criminal, não admitem a incidência do princípio bagatelar em casos nos quais o agente é contumaz autor de pequenos desfalques ao patrimônio, ressalvadas**, vale registrar, as hipóteses em que a inexpressividade da conduta ou do resultado é tão grande que, a despeito da existência de maus antecedentes, não se justifica a utilização do aparato repressivo do Estado para punir o comportamento formalmente tipificado como crime.

Sob essa angulação, não vejo incompatibilidade na valoração externa e distinta dos elementos ínsitos à tipicidade, a fim de que se possa concluir acerca da própria ocorrência de fato típico, materialmente considerado. E mais. **A reincidência ou reiteração delitiva é elemento histórico objetivo e não subjetivo**, ao contrário do que o vocábulo possa sugerir. Isso porque não se avalia o agente (o que poderia resvalar em um direito penal do autor), mas, ao contrário, **analisa-se, de maneira objetiva, o histórico penal desse indivíduo** que poderá indicar aspecto impeditivo da incidência do referido princípio. Essa análise, portanto, não se traduz no exame do indivíduo em si ou no que ele representa para sociedade enquanto pessoa, mas nas consequências reais, concretas e objetivas, extraídas de seu comportamento histórico contrário ao direito. O indivíduo que furta um real uma vez não pode ser igualado ao que furta um real sempre, escorando-se conscientemente na impunidade, sob pena de violação do princípio da isonomia.

Aliás, assinalo que **o legislador penal confere relevo ao histórico de vida anteaecta do réu para outorgar-lhe a redução da pena, em forma de causa especial de diminuição da sanção**, como, *v.g.*, se verifica em diversas cominações da parte especial, a exemplo da descrita no art. 155, § 2º do CP (“**Se o criminoso é primário**, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa”), a qual é reproduzida em diversos outros preceitos penais, como no art. 171, § 1º, art. 168, § 3º, art. 180, § 5º, art. 337-A, § 2º. Em todos esses dispositivos, fica evidenciada, sem margem a tergiversações, que o legislador penal, máxime em crimes que afetam o patrimônio alheio, dá importância ao comportamento pretérito do agente para conceder-lhe o benefício da redução da pena.

De igual modo a Parte Geral do Código Penal dá vários exemplos de interferência da primariedade e/ou dos bons antecedentes penais do



agente para fins de individualizar a sanção ou para conceder ou não certos benefícios. Destaco os artigos 44, inc. III, 59, *caput*, 71, parágrafo único, 77, II, e 83, I.

Ora, se o legislador penal sopesa o comportamento do agente anterior à prática do crime que está sendo objeto de um processo penal, quer para diminuir-lhe o seu *quantum*, quer para conceder-lhe algum direito (substituição da pena privativa de liberdade, livramento condicional etc), por qual motivo haverá o intérprete e aplicador da lei penal deixar de ter em conta anteriores condenações definitivas do réu ao analisar a relevância penal de seu agir, i.e., tendo em mira o **desvalor de sua conduta**?

#### **IV. Subsídio hermenêutico da legislação penal italiana**

Aqui me permito invocar **recentíssima alteração legislativa no Código Penal da Itália**, país do qual herdamos significativa parte de nossa tradição jurídica, nomeadamente na área criminal, não apenas no terreno da Academia, mas, sobretudo, no âmbito da dogmática penal.

Refiro-me à entrada em vigor no último dia 2 de abril do **D. Lgs. 16 marzo 2015 n. 28**, concernente a “Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto” (Disposições em matéria de não punibilidade por particular tenuidade do fato), que passa a permitir, nas hipóteses indicadas, que o juiz avalie concretamente, e caso a caso, a não punibilidade de certas condutas. Assim dispõe, por força dessa inovação legislativa, o artigo 131-bis do Código Penal Italiano:

##### **Art. 131 bis. Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto**

[1] Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, **l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.**

(...)

[3] Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato **delinquente abituale, professionale o per tendenza** ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, **anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità**, nonchè nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

(...) **Destaquei**

No procedimento perante o Juiz de Paz, correspondente, grosseiramente, ao nosso juiz com competência para julgar crimes de menor ofensivo, prevê-se que o juiz archive a investigação, quando, entre outros condicionamentos, **o fato for considerado de particular tenuidade, o dano ou o perigo seja exíguo e a conduta, ocasional.**

Para o que nos interessa utilizar como **auxílio hermenêutico** – tendo como certo que o direito comparado, ainda que não seja, formalmente, fonte do direito, fornece subsídios relevantes para a compreensão de institutos comuns aos diversos complexos normativos que integram os países de igual tradição jurídica – reporto-me a excerto de análise feita sobre o novel instituto por Francesca Fioretti (*La nuova tenuità del fatto alla luce della recentissima sentenza della Cassazione n. 15449/15*, disponível em: <http://www.professionegiustizia.it/notizie/notizia.php?id=705>), *verbis*:

Per quanto concerne il requisito della non abitudine del comportamento va, infine, osservato che potrebbe trattarsi anche di un comportamento non meramente occasionale. La *ratio* dell'istituto e gli ulteriori dati testuali inducono a ritenere, infatti, che la non abitudine non coincida necessariamente con l'unicità del comportamento. In altre parole, se è palese che la dichiaratoria di non punibilità non è consentita nei casi di dichiarata delinquenza abituale, professionale o per tendenza, per chi abbia commesso più reati della stessa indole (anche se ciascuno di particolare tenuità), ovvero reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, reiterate o abituali, non sarà ostativa all'applicazione dell'istituto la presenza di un solo precedente per un reato di indole diversa o precedenti per reati anche della stessa indole, ma che, rispetto al fatto per cui si procede, appaiano non indicativi di un'abitudine del comportamento criminoso.

(No que concerne ao requisito da não habitualidade do comportamento, deve-se observar, enfim, que poderia tratar-se também de um comportamento não meramente ocasional. A *ratio* do instituto e os ulteriores dados textuais induzem a considerar, em verdade, que a não habitualidade pode não coincidir necessariamente com a unicidade do comportamento. Em outras palavras, **se é claro que a declaração de não punibilidade não é permitida nos casos de declarada delinquência habitual, profissional ou por tendência, para quem tenha cometido mais crimes da mesma natureza (mesmo se cada um seja de**

**particular tenuidade),** ou mesmo crimes que tenham por objeto condutas plúrimas, reiteradas ou habituais, **não será obstáculo à aplicação do instituto a presença de um só precedente por um crime de natureza diversa ou até por crimes da mesma natureza, mas que, em relação ao fato objeto da persecução penal em curso, não pareçam ser indicativos de uma habitualidade do comportamento criminoso).** Trad. livre. Destaquei.

Vê-se que, como declinado no início deste voto – o qual, em sua essência, vem sendo reproduzido em casos similares julgados sob minha relatoria perante a Sexta Turma – o legislador peninsular bem compreendeu que **a habitualidade do comportamento transgressor deve compor o espectro valorativo que permitirá ao julgador reconhecer, ainda que ínfima a lesão patrimonial perpetrada pelo agente, a relevância penal da conduta.**

Da mesma forma, e na linha do que propõe o voto do nobre relator, cada caso há de ensejar análise criteriosa e singularizada, de modo a, **eventualmente, ser reconhecida a não punibilidade de um furto de coisa com valor insignificante, mesmo se presentes antecedentes penais do agente,** se não denotarem estes tratar-se de alguém que se dedica, com habitualidade, a cometer pequenos furtos.

#### **V. A necessidade da proteção penal**

Reputo importante não subtrair do exame colegiado **aspecto metajurídico** inerente a essa temática, que diz respeito ao cumprimento dos fins precípuos do Direito Penal.

A par da clássica missão de ramo do Direito voltado à proteção dos bens jurídicos, assim criteriosamente escolhidos pelo legislador penal como os mais caros à convivência humana, cumpre também o Direito Penal objetivo muito precisamente observado por Luigi Ferrajoli, em sua clássica e mais conhecida obra. Assinala o jus-filósofo italiano que, historicamente, **o direito penal nasce não como desenvolvimento, mas sim como negação da vingança;** não com o propósito de garanti-la, mas sim de impedi-la. “Nesse sentido, podemos dizer que a história do direito penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 269).

Reverbera o pensador italiano a ideia-mater de que:

Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo, no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mais do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. **Esse outro mal é a maior reação - informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva mas não penal - que, na ausência das penas, poderia da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele.** (*Ibidem*, p. 268 - destaquei)

Radica nesse aspecto minha derradeira observação: a de que, muito embora legitimamente justificada pelo intuito de minimizar os efeitos amiúde deletérios do sistema punitivo, e permeada por um benfazejo olhar humanista sobre o fenômeno criminoso, a interpretação da norma penal sob a ótica meramente dogmática acaba por engendrar **riscos de comprometimento dos próprios fins do Direito Penal**, sob a perspectiva que acabo de aludir.

Não é, a propósito, leviano mencionar a clara **descrença de setores da sociedade, e até de corporações que integram as forças de segurança e ordem do Estado brasileiro, na efetividade do sistema de justiça criminal** em casos de menor relevância no cenário dramático vivenciado, sobretudo nos grandes centros urbanos, onde, ao lado de gravíssimos crimes (homicídios, tráfico de entorpecentes, roubos etc), vicejam infrações penais mais corriqueiras e menos expressivas, quais as de furto, estelionato e outros crimes desse jaez.

E, sem emissão de juízo de valor, fato é que parte dessa descrença se deve às dificuldades que o sistema de justiça criminal enfrenta para dar, em tempo razoável, a proporcional e justa resposta punitiva a situações que, aparentemente, se mostram incontroversas. Uma delas é precisamente essa que constitui o objeto deste processo, onde, em última análise, o que se discute é se o autor de pequena subtração deve ser punido, mesmo sendo contumaz praticante de outros crimes patrimoniais.

**Aos olhos da vítima desses pequenos furtos** – seja ele um cidadão qualquer, seja o proprietário de um estabelecimento comercial – não faz

o menor sentido deixar de punir aquele que se põe a cometer, com habitualidade, esses furtos, em residências, em mercados, em padarias etc.

Talvez por esse sentimento de falta de confiança nos órgãos e agentes públicos que compõem o sistema de justiça criminal (polícias, Ministério Público, Judiciário) – a evidenciar que o Direito Penal não está logrando cumprir uma de suas funções, a de estimular e inculcar na população a cultura de respeito e de conformidade às leis (prevenção geral positiva) –, não são raras as notícias de autores de pequenos furtos submetidos a atos de violência em sombrias salas de segurança de supermercados e até mesmo a linchamentos, muitos dos quais com resultado letal, levados a cabo por populares que renunciam às regras de ordenamento do convívio social em nome de uma "justiça imediata".

Em obra recente, JOSÉ DE SOUZA MARTINS, cientista social e professor aposentado de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, descreve a crise das instituições – na medida em que a percepção de muitos é de que o aparelho estatal não está a serviço do cidadão – como a principal origem do ceticismo quanto à possibilidade de respostas racionais aos crimes que ofendem a sociedade no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Ao analisar os inúmeros ceticismos que alimentam o justicamento popular, narra casos de linchamentos praticados contra autores de crimes praticados nos bairros:

[...]

Os linchamentos são mal compreendidos se o analista se limita a considerá-los apenas casos de execução sumária, encarando a morte da vítima como ponto final do ato punitivo. No geral, os aspectos mais significativos dos linchamentos se manifestam após a morte da vítima ou, então, no modo como a morte é imposta e o local em que ocorre. O típico linchamento começa com a descoberta do autor de crime que o torna potencial vítima de linchamento, sua perseguição, apedrejamento seguido de pauladas e pontapés, às vezes com a vítima amarrada a um poste, mutilação física, castração em caso de crimes sexuais (com a vítima ainda viva) e queima do corpo. Essas são as seqüências mais comuns da violência.

[...] (MARTINS, José de Souza. *Linchamentos: Justiça Popular no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 55)

O autor sustenta que o linchamento – que tem por causas,

certamente, o descrédito da justiça formal e oficial e o elitismo do Judiciário, entre outras – é forma radical de vingar um crime intolerável, por exemplo, "o roubo de bens de quem vive de seu trabalho", visto que, na visão do povo, tal crime não parece ser compreendido como um crime contra a propriedade, mas contra a pessoa, sua sobrevivência e a de sua família, *in verbis*:

[...]

Os casos de roubos e assaltos que motivam linchamentos têm como vítimas, frequentemente, trabalhadores pobres. São casos de entrada numa casa e roubo, enquanto a vítima está no trabalho, ou de "cobrança de pedágio" a trabalhadores em favelas e bairros pobres para que transitem em espaço que a criminalidade definiu como seu. São casos de assaltos sistemáticos a trabalhadores no dia do pagamento. É nessa ótica que o assalto ao padeiro ou ao dono do bar pode ser abrangido pela punição popular. Os pequenos comerciantes dos bairros são considerados pessoas que trabalham. Muitas vezes, os fregueses que ali se encontram são também assaltados quando o estabelecimento comercial o é.

O roubo do fruto do trabalho não parece ser, portanto, compreendido popularmente como um crime contra a propriedade, mas contra a pessoa, sua sobrevivência e a de sua família.

[...] (MARTINS, José de Souza. *Linchamentos: Justiça Popular no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015, pp. 53 e 93)

**Não é, em absoluto, minha intenção** – que fique bem claro – associar decisões que reconhecem a insignificância de pequenos furtos a esse comportamento social patológico, mesmo porque há inúmeros fatores humanos, sociais, econômicos e culturais a permearem a formação e o caráter do povo brasileiro. No entanto, não me parece ousado afirmar que, na medida em que as instâncias formais de controle penal não prestigiam a resposta que o Direito Penal oferece, com **racionalidade, na medida justa e proporcional** à ofensa ao bem jurídico causada pela conduta humana contrária à norma, é bem provável que reações punitivas informais, como observado por Ferrajoli, acabem por ocupar esse espaço.

## **VI. Conclusão**

**No caso vertente**, a despeito da caracterização de reiteração delitiva na espécie, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu a atipicidade material da conduta do ora embargado, com respaldo em precedentes deste Superior Tribunal e em lições

doutrinárias acerca do tema. Confira-se:

A prova foi assim analisada na sentença:

"Com efeito, verifico que o fato descrito na denúncia não se reveste de gravidade apta a caracterizar o delito imputado ao réu, já que o bem jurídico protegido (patrimônio da vítima), não restou afetado.

Merece o pleito, então, juízo absolutório.

Com efeito, o valor total da *res furtivae* foi orçado em R\$69,90, resumindo-se a uma mochila, sendo tudo disponibilizado à restituição, procedida a 22.

De outro lado, necessário destacar que a vítima é pessoa jurídica de grande porte e com considerável capacidade econômica, de modo que a coisa subtraída – cuja restituição, repiso, já se operou na integralidade – não lhe impingiriam maiores prejuízos.

Acrescento, ao cabo, que analisando a condição pessoal do acusado, registro que a circunstância de possuir antecedentes ou mesmo ser reincidente não impede o conhecimento do princípio da insignificância, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça abaixo elencados:

Assim, a meu ver, estão presentes tanto os permissivos objetivos como subjetivos necessários à aplicação do princípio da insignificância, cujo conceito prescinde de tergiversação, dada sua notoriedade.

Forçoso conceber, assim, que fatos sa ordem passam à margem da tutela penal, sabidamente marcada pe o si no da gravidade social do comportamento humano.

Na esteira desse raciocínio, fica descaracterizado o furto imputado na denúncia, já que materialmente desvelada a atipicidade, embora o fato seja reprovável e contrário ao direito, eventual intervenção do direito penal ao caso se revela absolutamente desproporcional à conduta praticada, nas circunstâncias narradas.

Não fosse isso, de observar que o conjunto probatório (vide depoimento da testemunha Valdeni Scherer Ebertz,, fl. 97 e verso) dá conta de que não tinha o réu, nas circunstâncias, pois que vigiado desde o início da execução, condições de consumir a subtração.

Assim, ainda que afastada a aplicação do princípio da insignificância ao caso, caracterizado o crime impossível, na medida em que foi o meio empregado, diante das circunstâncias, totalmente ineficaz para consumação da

subtração (art. 17 do CP).

Examinando a prova oral e o auto de restituição, entendo que o fato, como posto nos autos, não induz a necessária ofensividade, legitimadora da incidência do Direito Penal.

Ressalto, ainda que as circunstâncias de caráter pessoal, tais como a reincidência ou maus antecedentes, não obstam a aplicação do princípio da insignificância.

Nesse sentido destaco os julgados da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Retornando ao caso dos autos, tem-se um furto de uma mochila avaliada em cerca de R\$ 69,90. Ademais, tem-se que a vítima é pessoa jurídica de grande porte e com capacidade financeira considerável, lembrando, ainda, que o bem foi restituído. Em tese, houve violação ao artigo 155 do Código Penal, em que o valor sócio-cultural protegido é o patrimônio. Cumpre-nos, contudo, indagar: houve uma ofensa relevante à vítima, a tal ponto de haver ofensa ao bem jurídico?

Um juízo valorativo informa que, em casos tais, onde não houve violência, em que o objeto é de valor insignificante e foi restituído ao ofendido, não houve ofensa suficiente ao bem jurídico patrimônio, de molde a exigir-se a aplicação de uma sanção penal.

Assim, ausente a ofensa relevante ao bem jurídico, é impositiva a incidência do princípio da insignificância.

Isso posto, o voto vai ao sentido de negar provimento ao recurso. (Acórdão, fls. 203-211)

De fato, **a certidão de antecedentes criminais do ora embargado (fls. 109-113) demonstra o seu envolvimento na seara delitiva, especificamente em crimes contra o patrimônio; são doze os processos, a sua grande maioria por furto simples, constando quatro sentenças condenatórias, sendo uma delas definitiva a caracterizar a reincidência (047/2.0001927-9).**

Como se percebe, não há como afastar da análise do caso concreto a presença de circunstâncias subjetivas desfavoráveis, termos em que me alinho ao voto proferido pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, **cuja diretriz perfilha a evolução jurisprudencial acerca do tema oriunda da Suprema Corte (v.g., HHCC n. 123.734, 123.533, 123.108), para acolher os embargos de divergência e determinar o retorno dos autos à origem nos moldes do voto do Relator.**



*Superior Tribunal de Justiça*

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2013/0148564-9

**PROCESSO ELETRÔNICO EAREsp 221.999 / RS**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00075426220108210033 03321000007542 201201797244 21000007542 70041611724  
70044349900 70047801873

PAUTA: 11/11/2015

JULGADO: 11/11/2015

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ZÉLIA OLIVEIRA GOMES**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

**AUTUAÇÃO**

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMBARGADO : ROGER DA SILVA MAHMUD

ADVOGADO : ADRIANA PRAETZEL - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

A Dra. Zélia Oliveira Gomes (Subprocuradora-Geral da República) sustentou oralmente pelo embargante.

O Dr. Rafael Raphaelli (Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul) sustentou oralmente pelo embargado.

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau, para que, superada a insignificância, prossiga na instrução, se necessário, ou no julgamento da ação penal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que negava provimento aos embargos de divergência, e ressalvados os entendimentos dos Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Nefi Cordeiro quanto à impossibilidade de se considerar a reincidência como fator impeditivo para a aplicação do princípio da insignificância.

Votou vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer (com ressalva), Jorge Mussi (com ressalva), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro (com ressalva) e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

