

14/05/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 114.340 ESPÍRITO SANTO

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S)	: FABIANO DOS SANTOS ANDRADE
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PENAL. *HABEAS CORPUS*. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REPROVABILIDADE E OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

I – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a ação atípica exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva.

II – No caso sob exame, infere-se dos autos que o paciente dá mostras de fazer das práticas criminosas o seu *modus vivendi*, uma vez que possui extensa lista de inquéritos policiais e ações penais, várias, inclusive, pela suposta prática de outros furtos.

III – Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática destes pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade.

IV – A pena, de resto, foi estabelecida de forma razoável, e foi substituída por pena restritiva de direitos (art. 44, § 2º, do CP), consistente em prestação de serviços à comunidade a ser definida pelo juízo da execução.

V – Ordem denegada.

HC 114340 / ES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, que a concediam.

Brasília, 14 de maio de 2013.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

05/02/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 114.340 ESPÍRITO SANTO

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S)	: FABIANO DOS SANTOS ANDRADE
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO **RICARDO LEWANDOWSKI** (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, em favor de **FABIANO DOS SANTOS ANDRADE**, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 232.715/ES, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 meses de reclusão, pela prática do crime de furto privilegiado (art. 155, § 2º, combinado com o art. 65, III, **d**, do CP), em regime aberto, porque teria furtado de uma farmácia 7 tubos de creme dental, bens avaliados em R\$ 69,44. A pena corporal, de resto, foi substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade a ser definida pelo juízo da execução.

Sustentando a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que negou provimento ao recurso. Insistindo nessa tese, a Defensoria Pública estadual manejou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem.

HC 114340 / ES

É contra o acórdão do STJ que se insurge a impetrante.

Alega, em síntese, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao caso sob exame, uma vez que “(...) a avaliação dos objetos subtraídos (R\$ 69,44), associada à condição econômica da vítima (rede de drogarias Santa Lúcia) e à restituição da res furtiva, quando analisados em conjunto, geram a conclusão de que não houve relevante lesão ao bem jurídico tutelado” (grifos no original).

Assevera, ademais, que não devem prevalecer os argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça local e pelo Superior Tribunal de Justiça, que avaliaram negativamente a vida pregressa do paciente, pois “*não é possível concluir que há registros de sentenças condenatórias em desfavor do paciente, transitadas em julgado antes dos fatos apurados na ação penal originária, ou mesmo condenações anteriores que tornem os antecedentes do paciente maculados*”.

Requer, ao final, liminarmente, a suspensão da execução da reprimenda imposta ao paciente até o julgamento final deste *writ*. No mérito, pede a concessão da ordem, para absolver o paciente, pela aplicação do princípio da insignificância.

Em 3/8/2012, indeferi o pedido de medida liminar e, estando bem instruídos os autos, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

05/02/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 114.340 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

O acórdão questionado possui a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELO TRANCAMENTO DA AÇÃO. ATIPICIDADE DO FATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA DE EFETIVA OFENSIVIDADE PARA O DIREITO PENAL. REITERAÇÃO DELITIVA. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. Este Sodalício, na mesma vertente da orientação da Excelsa Corte, reconhece a aplicação do princípio da insignificância como causa de atipicidade da conduta, desde que presentes, na hipótese, os requisitos supramencionados, condicionando o aludido reconhecimento, no entanto, à análise do comportamento do acusado, mormente se já responde a outras ações penais ou tenha praticado o delito em concurso de agentes.

3. No caso concreto, não se observa a irrelevância da conduta, tendo em vista a contumácia delitiva do réu, situação que demonstra a sua efetiva periculosidade social, exigindo a atuação por parte do Estado.

4. Ordem denegada”.

HC 114340 / ES

Conforme relatado, a Defensoria Pública estadual pleiteia a incidência do princípio da insignificância, para que o paciente seja absolvido dos fatos imputados na denúncia.

Sem razão, contudo.

Como se sabe, a configuração do delito de bagatela, conforme têm entendido as duas Turmas deste Tribunal, exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva.

No caso sob exame, consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 meses de reclusão pela prática do crime de furto privilegiado (art. 155, § 2º, combinado com o art. 65, III, d, do CP), em regime aberto, porque teria furtado de uma farmácia 7 tubos de creme dental, bens avaliados em R\$ 69,44. A pena corporal foi substituída por restitiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade a ser definida pelo juízo da execução.

Nesse contexto, anoto que, embora o bem subtraído não possua um valor econômico expressivo, para o reconhecimento da insignificância da ação não se pode levar em conta apenas a importância econômica da lesão.

É dizer: a aplicação do referido princípio somente deve ter lugar quando a interferência do Direito Penal mostrar-se desnecessária e desproporcional à ação levada a efeito pelo réu.

Tal circunstância, entretanto, não se faz presente no caso sob exame, uma vez que a conduta do réu não pode ser considerada minimamente ofensiva, além de apresentar elevado grau de reprovabilidade.

HC 114340 / ES

Os autos dão conta da reiteração criminosa, o que demonstra que o paciente faz das práticas delitivas o seu *modus vivendi*.

Conforme ressaltado pelas instâncias anteriores e pelo Ministério Público Federal, na certidão de antecedentes criminais do paciente constam registros de inquéritos policiais e ações penais, inclusive pela suposta prática de outros delitos de furto. Veja-se, à propósito, o seguinte trecho do acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

“(…)

Acontece que a aplicação do princípio da insignificância não se pauta exclusivamente na análise da expressão monetária da res furtiva, mas, também, na relevância da conduta desempenhada pelo agente e no seu resultado, eis que a configuração do crime de bagatela não decorre, de forma imediata, da mera constatação objetiva do pequeno valor do bem subtraído.

Tanto é assim, que o princípio da insignificância teve os seus requisitos instituídos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo eles: (i) conduta minimamente ofensiva do agente; (ii) ausência de risco social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica (STF, HC 98021), Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010).

(…)

A discussão específica do caso toca ao risco social da ação e ao grau de reprovabilidade do comportamento, uma vez que o réu não possui condições favoráveis. De fato, em consulta aos autos, em consonância com a Certidão cartorária de fl. 34 e andamentos processuais de fls. 35/45, constata-se que o ora apelante, responde a extensa lista de inquéritos policiais e ações penais, várias, inclusive, pela suposta prática de outros furtos. Dessa maneira, está certificado nos autos que o réu possui uma acentuada periculosidade, pois, além da conduta típica apurada nos presentes autos, este está sendo investigado pela suposta prática de inúmeros outros delitos, principalmente

HC 114340 / ES

contra o patrimônio.

(...)

(...) Com efeito, a conduta de agente que reiteradamente vem se envolvendo em delitos contra o patrimônio não pode ser considerada irrelevante para o direito penal, sob risco de fomento expressivo de infrações penais, ainda que essas infrações sejam de menor potencial ofensivo.

(...)

Registre-se, por derradeiro, que a previsão e crescimento das penas restritivas de direitos inegavelmente mitigam aplicação do princípio da insignificância, uma vez que algumas das premissas desse princípio são derrubadas. Ora, não havendo a aplicação da pena restritiva de liberdade, a gravidade da sanção penal diminui, não podendo ser descartada essa circunstância" (grifos meus).

Daí porque para o reconhecimento da insignificância da ação não se pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. Como visto, o paciente possui acentuada periculosidade e faz do crime o seu meio de vida, apostando na sua impunidade. É nesse contexto que se deve avaliar a reprovabilidade da conduta, e não apenas na importância econômica dos bens subtraídos.

É evidente que esses fatos não indicam, tecnicamente, a reincidência do paciente. Contudo, demonstram a sua propensão à prática de crimes.

Embora esta Turma tenha entendimento no sentido de que as questões relativas à pessoa do agente não devem ser levadas em consideração no exame da incidência ou não do princípio da insignificância ao caso concreto, por serem atinentes à culpabilidade e não à tipicidade, tenho que os fatos narrados demonstram a necessidade da tutela penal, em função da maior reprovabilidade da conduta do agente, que, conforme revelam os autos, possui larga experiência criminosa, de modo que não há falar em insignificância no caso sob exame.

HC 114340 / ES

Registre-se, ainda, que a aplicação do referido instituto, na espécie, poderia significar um verdadeiro incentivo à prática de pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade.

Por outro lado, não deixo de reconhecer que esta Turma tem assentado, nos debates em torno da aplicação do princípio da insignificância, que o julgador deve sopesar a proporcionalidade entre o desvalor da conduta levada a efeito pelo acusado e a resposta penal a ser imposta pelo Estado. Inexistindo essa relação de proporcionalidade, chega-se à conclusão de que a imposição da sanção de constrição da liberdade ao agente revela-se muito gravosa em relação ao dano por ele provocado, o que justifica o reconhecimento do delito de bagatela.

A ilustrar essa afirmação, transcrevo o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no HC 108.872/RS:

“(…)

Dessarte, insta asseverar, ainda, que, para chegar à tipicidade material, há que se pôr em prática juízo de ponderação entre o dano causado pelo agente e a pena que lhe será imposta como consequência da intervenção penal do Estado. A análise da questão, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, pode justificar, dessa forma, a ilegitimidade da intervenção estatal por meio do Direito Penal”.

Entretanto, no caso sob exame, considerados o desvalor da conduta do agente e a sua periculosidade, o prosseguimento da ação penal é medida que se impõe.

No mesmo sentido foi a manifestação do Órgão Ministerial, que assim se pronunciou sobre a matéria:

“(…)

Tolerar reiteradas vezes o mesmo delito é o mesmo que sinalizar

HC 114340 / ES

a prática de outros crimes e quem sabe até mais graves. É verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma e com apoio de quem deveria combatê-lo.

De fato é apropriada a aplicação de tal princípio quando observado que não há ofensa aos bens jurídicos protegidos. Não é o caso dos autos, pois não se pode valorar o comportamento do paciente isoladamente.

Não é outro entendimento desta Corte Suprema, vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE FURTO DE UM BOTIJÃO DE GÁS AVALIADO EM R\$ 120,00. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. HABITUALIDADE DELITIVA E ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.

2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal.

3. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

4. Nas circunstâncias do caso, o fato não é penalmente irrelevante, em razão da habitualidade delitiva e do alto grau de reprovabilidade da conduta do Paciente.

5. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como

HC 114340 / ES

tivesse praticado condutas irrelevantes.

6. Habeas corpus *denegado*.

(HC 109.739/SP, rel. Ministra Cármen Lúcia, Dje 13/02/2012)

A reiteração delitiva do paciente demonstra a relevância material de sua conduta para o Direito Penal, não havendo assim em se falar em atipicidade pelo princípio da bagatela”.

A pena, de resto, foi estabelecida de forma razoável, em 8 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por sanção restritiva de direitos (art. 44, § 2º, do CP), consistente em prestação de serviços à comunidade a ser definida pelo juízo da execução.

Tenho, pois, que a reprimenda imposta ao paciente não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, mostrando-se adequada ao caso concreto e necessária à repressão e prevenção de novos delitos.

Ante o exposto, denego a ordem.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 114.340

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) : FABIANO DOS SANTOS ANDRADE

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, que denegava a ordem, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro Teori Zavascki. **2ª Turma**, 05.02.2013.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

p/ Fabiane Duarte
Secretária

14/05/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 114.340 ESPÍRITO SANTO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI:

1. Trata-se de *habeas-corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que denegou outro pedido de *habeas-corpus*, requerido contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele estado. O relator apresentou voto pela denegação da ordem, sustentando, na essência, que:

No caso sob exame, consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 meses de reclusão pela prática do crime de furto privilegiado (art. 155, § 2º, combinado com o art. 65, III, d, do CP), em regime aberto, porque teria furtado de uma farmácia 7 tubos de creme dental, bens avaliados em R\$ 69,44. A pena corporal foi substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade a ser definida pelo juízo da execução.

Nesse contexto, anoto que, embora o bem subtraído não possua um valor econômico expressivo, para o reconhecimento da insignificância da ação não se pode levar em conta apenas a importância econômica da lesão.

É dizer: a aplicação do referido princípio somente deve ter lugar quando a interferência do Direito Penal mostrar-se desnecessária e desproporcional à ação levada a efeito pelo réu.

Tal circunstância, entretanto, não se faz presente no caso sob exame, uma vez que a conduta do réu não pode ser considerada minimamente ofensiva, além de apresentar elevado grau de reprovabilidade.

Os autos dão conta da reiteração criminoso, o que demonstra que o paciente faz das práticas delitivas o seu *modus vivendi*.

Conforme ressaltado pelas instâncias anteriores e pelo

HC 114340 / ES

Ministério Público Federal, na certidão de antecedentes criminais do paciente constam registros de inquéritos policiais e ações penais, inclusive pela suposta prática de outros delitos de furto. Veja-se, à propósito, o seguinte trecho do acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

(...)

Acontece que a aplicação do princípio da insignificância não se pauta exclusivamente na análise da expressão monetária da res furtiva , mas, também, na relevância da conduta desempenhada pelo agente e no seu resultado, eis que a configuração do crime de bagatela não decorre, de forma imediata, da mera constatação objetiva do pequeno valor do bem subtraído.

Tanto é assim, que o princípio da insignificância teve os seus requisitos instituídos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo eles: (i) conduta minimamente ofensiva do agente; (ii) ausência de risco social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica (STF, HC 98021), Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010).

(...)

A discussão específica do caso toca ao risco social da ação e ao grau de reprovabilidade do comportamento, uma vez que o réu não possui condições favoráveis. De fato, em consulta aos autos, em consonância com a Certidão cartorária de fl. 34 e andamentos processuais de fls. 35/45, constata-se que o ora apelante, responde a extensa lista de inquéritos policiais e ações penais, várias, inclusive, pela suposta prática de outros furtos. Dessa maneira, está certificado nos autos que o réu possui uma acentuada periculosidade, pois, além da conduta típica apurada nos presentes autos, este está sendo investigado pela suposta prática de inúmeros outros delitos, principalmente contra o patrimônio.

(...)

(...) Com efeito, a conduta de agente que

HC 114340 / ES

reiteradamente vem se envolvendo em delitos contra o patrimônio não pode ser considerada irrelevante para o direito penal, sob risco de fomento expressivo de infrações penais, ainda que essas infrações sejam de menor potencial ofensivo .

(...)

Registre-se, por derradeiro, que a previsão e crescimento das penas restritivas de direitos inegavelmente mitigam aplicação do princípio da insignificância, uma vez que algumas das premissas desse princípio são derrubadas. Ora, não havendo a aplicação da pena restritiva de liberdade, a gravidade da sanção penal diminui, não podendo ser descartada essa circunstância (grifos meus) .

Daí porque para o reconhecimento da insignificância da ação não se pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. Como visto, o paciente possui acentuada periculosidade e faz do crime o seu meio de vida, apostando na sua impunidade. É nesse contexto que se deve avaliar a reprovabilidade da conduta, e não apenas na importância econômica dos bens subtraídos.

É evidente que esses fatos não indicam, tecnicamente, a reincidência do paciente. Contudo, demonstram a sua propensão à prática de crimes.

Embora esta Turma tenha entendimento no sentido de que as questões relativas à pessoa do agente não devem ser levadas em consideração no exame da incidência ou não do princípio da insignificância ao caso concreto, por serem atinentes à culpabilidade e não à tipicidade, tenho que os fatos narrados demonstram a necessidade da tutela penal, em função da maior reprovabilidade da conduta do agente, que, conforme revelam os autos, possui larga experiência criminosa, de modo que não há falar em insignificância no caso sob exame.

Registre-se, ainda, que a aplicação do referido instituto, na espécie, poderia significar um verdadeiro incentivo à prática de pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que

HC 114340 / ES

contribuiria para aumentar o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade.

Por outro lado, não deixo de reconhecer que esta Turma tem assentado, nos debates em torno da aplicação do princípio da insignificância, que o julgador deve sopesar a proporcionalidade entre o desvalor da conduta levada a efeito pelo acusado e a resposta penal a ser imposta pelo Estado. Inexistindo essa relação de proporcionalidade, chega-se à conclusão de que a imposição da sanção de constrição da liberdade ao agente revela-se muito gravosa em relação ao dano por ele provocado, o que justifica o reconhecimento do delito de bagatela.

A ilustrar essa afirmação, transcrevo o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no HC 108.872/RS:

(...)

Dessarte, insta asseverar, ainda, que, para chegar à tipicidade material, há que se pôr em prática juízo de ponderação entre o dano causado pelo agente e a pena que lhe será imposta como consequência da intervenção penal do Estado. A análise da questão, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, pode justificar, dessa forma, a ilegitimidade da intervenção estatal por meio do Direito Penal.

Entretanto, no caso sob exame, considerados o desvalor da conduta do agente e a sua periculosidade, o prosseguimento da ação penal é medida que se impõe.

No mesmo sentido foi a manifestação do Órgão Ministerial, que assim se pronunciou sobre a matéria:

(...)

Tolerar reiteradas vezes o mesmo delito é o mesmo que sinalizar a prática de outros crimes e quem sabe até mais graves. É verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma e com apoio de quem deveria combatê-lo.

De fato é apropriada a aplicação de tal princípio quando observado que não há ofensa aos bens jurídicos protegidos. Não é o caso dos autos, pois não se pode valorar o comportamento do

HC 114340 / ES

paciente isoladamente.

Não é outro entendimento desta Corte Suprema, vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS . PENAL. TENTATIVA DE FURTO DE UM BOTIJÃO DE GÁS AVALIADO EM R\$ 120,00. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. HABITUALIDADE DELITIVA E ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.

2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal.

3. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

4. Nas circunstâncias do caso, o fato não é penalmente irrelevante, em razão da habitualidade delitiva e do alto grau de reprovabilidade da conduta do Paciente.

5. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como tivesse praticado condutas irrelevantes.

6. Habeas corpus denegado. (HC 109.739/SP, rel. Ministra Cármen Lúcia, Dje 13/02/2012)

A reiteração delitiva do paciente demonstra a relevância material de sua conduta para o Direito Penal, não havendo assim em se falar em atipicidade pelo princípio da bagatela .

HC 114340 / ES

A pena, de resto, foi estabelecida de forma razoável, em 8 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por sanção restritiva de direitos (art. 44, § 2º, do CP), consistente em prestação de serviços à comunidade a ser definida pelo juízo da execução.

Tenho, pois, que a reprimenda imposta ao paciente não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, mostrando-se adequada ao caso concreto e necessária à repressão e prevenção de novos delitos.

Ante o exposto, denego a ordem.”.

Pedi vista para exame.

Ao que se constata das decisões das instâncias ordinárias, não se considerou aplicável, nesse caso, o princípio da insignificância à consideração de que o paciente tem extensa ficha de antecedentes e é costumeiro na prática de furtos que ele admite necessários para satisfazer a dependência do vício do “crack”. Esse mesmo entendimento foi adotado pelo acórdão da 5ª Turma do STJ, no HC 232.715-ES, ato agora atacado, que tem por fundamento a “efetiva periculosidade social” da conduta. Disse o relator no STJ:

“Com efeito, na presente hipótese, além de a conduta do acusado amoldar-se à tipicidade formal, que é a sua perfeita subsunção à norma incriminadora, e à tipicidade subjetiva, pois comprovado o seu dolo, de igual forma está presente a tipicidade material, que consiste na relevância penal da conduta e do seu resultado, em face da significância da lesão produzida no bem jurídico tutelado pelo Estado. Conforme destacou a r. decisão condenatória, trata-se de criminoso habitual, o que impede a aplicação do referido princípio ao caso em análise”.

A propósito da aplicação do princípio da insignificância quando há contumácia na prática de delitos da mesma natureza, reporto-me ao voto-vista em caso semelhante (RHC 115.226-MG, Rel. Min. Cármen Lúcia), em

HC 114340 / ES

que sustentei:

3. Há convergência de entendimento, na jurisprudência do STF, de que, 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. É ilustrativo e sempre referido, a propósito, o acórdão de lavra do Ministro Celso de Mello, no HC 84.412-SP, 2^a Turma, DJ de 19.11.2004, em cuja ementa se lê:

(...)

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 na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. 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.

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

HC 114340 / ES

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.

Com a mesma orientação, entre muitos outros: HC 110.841-PR, 2ª Turma, Min. Cármen Lúcia, DJe de 14.12.2012; HC 113.327-MG, 2ª Turma, Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 08.12.2012; HC 109.871-MS, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJe de 03.10.2012), todos indicando, como requisitos negativos de tipicidade, por insignificância, a mínima *ofensividade* da conduta, a nenhuma *periculosidade* social, a reduzida *reprovabilidade* e de *inexpressividade* da lesão jurídica, requisitos que, assevera-se, devem ser necessariamente concomitantes.

4. A despeito dessa orientação uniforme sobre os pressupostos básicos do princípio da insignificância, registra-se no Tribunal certa divergência quanto a levar em consideração ou não, para esse efeito, a contumácia do agente na prática da conduta. É justamente essa a hipótese dos autos. Afastando, em casos tais, a aplicação do princípio, há diversos acórdãos da 1ª Turma, onde, ao que se constata, a jurisprudência é firme nesse sentido: HC 114.548-PR, Min. Rosa Weber, DJe 27.11.2012; HC 115.422-MG, Min. Dias Toffoli, DJe de 14.12.2012; HC 109.739-SP, Min. Cármen Lúcia, DJe 14.02.2012; HC 110.951-RS, Min. Dias Toffoli, DJe 27.02.2012; HC 108.696-MS, Dias Toffoli, DJ 20.10.2011; HC 107.674-MG, Min. Cármen Lúcia, DJe 14.09.2011. Mas, nesta 2ª Turma, há posições divergentes, registrando-se acórdãos que consideram irrelevante, para aferição da insignificância, a contumácia ou a reincidência do agente: HC 112.400-RS, Min. Gilmar Mendes, DJe de 08.08.2012; HC

HC 114340 / ES

106.510-MG, Min. Celso de Mello, DJe 13.06.2011; HC 110.244-RS, Min. Gilmar Mendes, DJe 09.04.2012; HC 93.393-RS, Min. Cezar Peluso, DJe 15.05.2009.

5. O enfrentamento dessa específica questão impõe a consideração de algumas premissas de ordem conceitual. É que, como bem assevera a jurisprudência do Tribunal, nesse ponto sem divergência, o princípio da insignificância não pode ser aquilatado à luz, apenas, do conceito de tipicidade formal, mas, sim, da tipicidade em seu sentido material, conforme, aliás, ficou claro no voto do Ministro Celso de Mello, no já referido HC 84.412-SP. A questão que se põe é a de saber se o juízo de tipicidade material comporta exame dessa conduta social do agente, representada pela contumácia da prática delituosa.

6. A rigor, na base dessa discussão está o próprio conceito de delito, que, sem divergência alguma, a doutrina costuma definir da seguinte maneira:

“Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que, por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação), é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável)” (ZAFFARONI, Eugênio Raul; e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral v. 1*, 9ª ed., RT:SP, 2011, p. 344/345).

Há, pois, relevante diferença entre tipo e tipicidade:

“O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal. (...) O juiz comprova a

HC 114340 / ES

tipicidade comparando a conduta particular e concreta com a individualização típica, para ver se se adequa ou não a ela. Este processo mental é o *juízo de tipicidade* que o juiz deve realizar” (op. cit., p. 388).

O juízo de tipicidade envolve, também e necessariamente, consideração sobre a chamada antinormatividade, a saber:

“O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que a ela agrega uma tutela penal. Conforme esse processo de gestação, resultará que a conduta que se adequa a um tipo penal será, necessariamente, contrária à norma que está anteposta ao tipo legal, e afetará o bem jurídico tutelado. (...) Isso significa que a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa.

Não obstante, não se deve pensar que, quando uma conduta se adequa formalmente a uma descrição típica, só por esta circunstância é penalmente típica. (...) O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado.

A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a tipicidade legal, obriga a indagar sobre a tipicidade penal da conduta. (...) A tipicidade penal pressupõe a legal, mas não a esgota; a

HC 114340 / ES

tipicidade penal requer, além da tipicidade legal, a antinormatividade.” (op. cit., p. 398/9).

Ora, é desse juízo amplo que se extrai o conceito de tipicidade apto a integrar, como elemento indispensável, o conceito de delito:

“Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, *consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa*. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas (...). (grifei)

A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou fomenta” (op. cit., p. 400).

(...)

Os principais casos em que, apesar da tipicidade legal, configura-se uma atipicidade conglobante, ocorrem quando uma norma ordena o que outra parece proibir (cumprimento do dever legal), quando uma norma parece proibir o que outra fomenta, quando uma norma parece proibir o que outra exclui do âmbito de proibição, por estar fora da ingerência do Estado, e quando uma norma parece proibir condutas cuja realização garantem outras normas, proibindo as condutas que a perturbam” (op. cit., p. 479)

Essa tipicidade conglobante produz outros resultados

HC 114340 / ES

importantes, que interessam mais de perto à questão aqui em exame:

“Se a norma tem sua razão de ser na tutela de um bem jurídico, não podem incluir no seu âmbito de proibição as condutas que não afetam o bem jurídico. Consequentemente, para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico. Embora se trate de um conceito que nos proporciona um claro instrumento de interpretação legal, pode acontecer que o tipo legal tenha se configurado, e, no entanto, o bem jurídico não tenha sido atingido. Isto só pode ser estabelecido na tipicidade conglobante, ainda que, é justo reconhecer, se trate de casos excepcionais” (op. cit., p.488/9).

Bem se vê, portanto, que a aplicação do princípio da insignificância resulta justamente desse juízo de atipicidade conglobante:

“Há relativamente pouco tempo, observou-se que as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requeriam sempre alguma entidade, isto é, alguma gravidade, posto que nem toda a afetação mínima do bem jurídico era capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal. (...)

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples

HC 114340 / ES

luz de sua consideração isolada” (op. cit., p. 488/9).

6. O que resulta dessas premissas conceituais é que a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade, mormente em se tratando de crimes contra o patrimônio, envolve juízo muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa, nesse juízo de tipicidade conglobante, de modo significativo, investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, que se traduz pela ausência de periculosidade social, pela mínima ofensividade e pela falta de reprovabilidade, 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. Repetindo Zaffaroni, há de se considerar que “a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa” (op. cit, p. 489). Essa constatação – de que a insignificância do resultado da ação não pode, por si só, afastar a tipicidade - se mostra evidente quando se considera que não passaram despercebidas ao legislador as hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas como fundamento, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade, cumpre, portanto, que se vá além da irrelevância penal a que se referiu o legislador. É indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de que se apure se o resultado dessa investigação ampliada é compatível ou não com a finalidade perseguida pelo ordenamento penal, ou, em outras palavras, se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não, quando examinado no seu contexto social, tem relevância penal. Parece certo concluir, à luz dessas premissas, que a relevância penal, em casos dessa natureza, comporta, sim, juízo sobre a contumácia da conduta do agente.

7. É importante, todavia, que seja precisado o conceito de

HC 114340 / ES

contumácia, a ser levado em consideração nesse juízo de insignificância penal do fato. Muita apropriada, no ponto, a observação do Professor Luiz Flavio Gomes (op. cit. p. 112/115), de que se deve

“destacar a existência de três situações distintas: 1) a multirreincidência ou reiteração cumulativa; 2) multirreincidência ou reiteração não cumulativa; e 3) fato único cometido por agente reincidente:

1. Multirreincidência ou reiteração cumulativa: parece-nos muito acertado afirmar que a multirreincidência (de algo em princípio irrelevante) pode elevar o fato para patamar relevante, deixando de ter validade o princípio da insignificância. Em outras palavras, quando o agente pratica reiteradas condutas que, somadas, não geram um resultado insignificante (sim, bastante expressivo), deixa de ter pertinência o princípio que estamos estudando. Gerente de banco (ou um “hacker”) que desvia R\$ 1,00 de cada conta corrente, no final, aufere soma significativa. Empregado que trabalha como caixa de estabelecimento comercial e que furta, diariamente, pequena quantidade de dinheiro. Para efeito da pena e da aplicação do princípio da insignificância temos que considerar o todo como fato único. Com isso fica refutada a aplicação a doutrina da insignificância quando o agente, mediante reiteradas condutas, acaba lesando seriamente o bem jurídico. (...)

2. Multirreincidência ou reiteração não cumulativa: essa é a situação de quem pratica vários fatos insignificantes, porém, não contra a mesma vítima nem de forma cumulativa. São fatos desconectados no tempo. Furta uma caneta esferográfica hoje, um DVD no mês seguinte etc. Para nós, considerando-se que os fatos são insignificantes se isolados (ou seja, não cumulativos), não há impedimento para a incidência do princípio da insignificância, que conta com critérios objetivos. (...)

HC 114340 / ES

3. Fato único insignificante cometido por réu reincidente: cuidando-se de fato único, não há como negar a incidência do princípio da insignificância, que deve ser regido por critérios objetivos. Isso significa que só o fato de o réu ser reincidente não pode ser critério impeditivo para a incidência do princípio da insignificância, que é objetivo. Para sua aplicação não contam os dados pessoais do agente (maus antecedentes, reincidência, etc.)”

É pertinente essa distinção e é procedente o tratamento recomendado a cada uma das situações. A hipótese de contumácia que, num juízo de tipicidade conglobante, afasta a aplicação do princípio da insignificância é a da multirreincidência ou reiteração cumulativa de condutas do mesmo gênero (embora não, necessariamente, pertencente a idêntico tipo legal), já que a sua prática não pode ser considerada como abonadora de conduta social aceitável, nem pode ser tida como irrelevante para os fins a que se destina a tipificação do delito, “à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa”. Nas demais hipóteses, todavia, não está afastada, em regra, a aplicação do princípio da insignificância.

8. Com base nesse entendimento, considerando que, segundo afirmam o acórdão impugnado e as instâncias ordinárias, está presente a situação de reiteração cumulativa de delitos de mesma natureza, também voto pela denegação da ordem, acompanhando o relator. É o voto.

14/05/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 114.340 ESPÍRITO SANTO

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhora Presidente, eu estava denegando a ordem. Exatamente enfatizando agora o que foi melhor suscitado, com uma base teórica respeitável, pelo eminente Ministro Teori Zavascki, eu aqui disse o seguinte:

"(...)

O reconhecimento da insignificância da ação não pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. (...) Como visto, o paciente possui acentuada periculosidade, faz do crime o seu meio de vida, apostando na impunidade. (...) E é nesse contexto que se deve avaliar a reprovabilidade da conduta e não apenas na importância econômica dos bens subtraídos (...)".

Penso que a teleologia da norma e do próprio princípio é resguardar a ordem jurídica. Agora, alguém que faz realmente desses furtos reiterados um meio de vida não pode ser beneficiado, contemplado com uma benesse que o sistema jurídico reserva para casos excepcionalíssimos. *Data venia*, mantenho então o meu ponto de vista, agora confortado pelo substancioso voto do eminente ministro Teori Zavascki.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Apenas para observar que aqui também já houve condenação, foi convertida em...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pena restritiva de direitos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pena restritiva de direitos.

14/05/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 114.340 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, tendo em vista ainda o debate que se desenvolve, fico na posição que eu já havia defendido anteriormente.

Defiro a ordem.

14/05/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 114.340 ESPÍRITO SANTO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O caso ora em julgamento traduz, *com absoluta fidelidade*, hipótese caracterizadora de fato insignificante, pois envolve furto simples que incidiu sobre 07 (sete) tubos de creme dental, em valor global **não excedente** a R\$ 70,00 (setenta reais)!!!

Como se sabe, o princípio da insignificância – como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal – **tem sido acolhido** pelo magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (HC 87.478/PA, Rel. Min. EROS GRAU – HC 88.393/RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 92.463/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 94.505/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 94.772/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 95.957/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **como resulta claro** de decisão que restou consubstanciada **em acórdão assim ementado**:

“PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – DELITO DE FURTO – CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE – ‘RES FURTIVA’ NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOUTRINA –

HC 114340 / ES

CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – PEDIDO DEFERIDO.

- *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 na perspectiva de seu caráter material. Doutrina.*

- *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 em matéria penal.*

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.

- *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.”*

(RTJ 192/963-964, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

É importante assinalar, neste ponto, por oportuno, que 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 na perspectiva de seu caráter material, consoante

HC 114340 / ES

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 ANTONIO RIBEIRO LOPES, “**Princípio da Insignificância no Direito Penal**”, p. 113/118, item n. 8.2, 2ª ed., 2000, RT, v.g.).

O postulado 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 em matéria penal.

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 – **causado** por comportamento **impregnado** de significativa lesividade.

Revela-se expressivo, a propósito do tema, o magistério de EDILSON MOUGENOT BONFIM e de FERNANDO CAPEZ (“**Direito Penal – Parte Geral**”, p. 121/122, item n. 2.1, 2004, Saraiva):

“Na verdade, o princípio da bagatela ou da insignificância (...) não tem previsão legal no direito brasileiro (...), sendo considerado,

HC 114340 / ES

*contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. Funda-se no brocardo civil ‘**minimis non curat praetor**’ e na conveniência da política criminal. Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que, no tipo, somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico.”* (grifei)

Na realidade, e considerados, de um lado, o princípio da intervenção penal mínima do Estado (que tem por destinatário o próprio legislador) e, de outro, o postulado da insignificância (que se dirige ao magistrado, enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto), na precisa lição do eminente Professor RENÉ ARIEL DOTTI (“Curso de Direito Penal – Parte Geral”, p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense), cumprе reconhecer que 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.

A questão pertinente à aplicabilidade do princípio da insignificância – quando se evidencia que o bem jurídico tutelado sofreu “ínfima afetação” (RENÉ ARIEL DOTTI, “Curso de Direito Penal – Parte Geral”, p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense) – assim tem sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência reconhece possível, nos delitos de bagatela, a incidência do postulado em causa (RTJ 192/963-

HC 114340 / ES

-964, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 84.687/MS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO.

Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é 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 (...).”

(RTJ 129/187, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO – grifei)

“Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal, por falta de justa causa.”

(RTJ 178/310, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

“‘HABEAS CORPUS’. PENAL. MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA.

.....
3. A apreensão de nota falsa com valor **de cinco reais**, em meio a outras notas verdadeiras, nas circunstâncias fáticas da presente impetração, **não cria lesão considerável** ao bem jurídico tutelado, **de maneira que a conduta do paciente é atípica.**

4. ‘Habeas corpus’ **deferido**, para trancar a ação penal em que o paciente figura como réu.”

(HC 83.526/CE, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – grifei)

Impende ressaltar, ainda, por oportuno, que esta Suprema Corte, em **diversos** julgamentos, **tem reafirmado** essa orientação:

“‘HABEAS CORPUS’. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

HC 114340 / ES

APLICABILIDADE. CONSEQÜÊNCIAS DA AÇÃO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE.

1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar.

.....
Ordem concedida."

(HC 87.478/PA, Rel. Min. EROS GRAU – grifei)

"1. AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de garrafa de vinho estimada em vinte reais. 'Res furtiva' de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Extinção do processo. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser extinto o processo da ação penal, por atipicidade do comportamento e conseqüente inexistência de justa causa.

2. AÇÃO PENAL. Suspensão condicional do processo. Inadmissibilidade. Ação penal destituída de justa causa. Conduta atípica. Aplicação do princípio da insignificância. Trancamento da ação em 'habeas corpus'. Não se cogita de suspensão condicional do processo, quando, à vista da atipicidade da conduta, a denúncia já devia ter sido rejeitada."

(HC 88.393/RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei)

"RECURSO ORDINÁRIO EM 'HABEAS CORPUS'. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. FURTO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL MILITAR.

1. Os bens subtraídos pelo Paciente não resultaram em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal

HC 114340 / ES

fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado.

É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Recorrente. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos.

2. Recurso provido.”

(RHC 89.624/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

“PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – DELITO DE FURTO SIMPLES, EM SUA MODALIDADE TENTADA – ‘RES FURTIVA’ NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 20,00 (EQUIVALENTE A 5,26% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – PEDIDO DEFERIDO.

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 na perspectiva de seu caráter material. Doutrina.

Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores,

HC 114340 / ES

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.

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.”

(**HC 92.463/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Como anteriormente por mim ressaltado, Senhora Presidente, **o exame** da presente impetração **justifica** a aplicabilidade, *ao caso*, do princípio da insignificância, **pois os autos revelam** que se trata de persecução penal **instaurada** pela prática do delito *de furto simples* (**CP** art. 155, “caput”), **que teve** por objeto 07 (sete) tubos de creme dental, **avaliados** em R\$ 69,44, **pertencentes** a uma rede de drogarias!!!

HC 114340 / ES

Vale registrar, Senhores Ministros, em função da própria “*ratio*” **subjacente** ao princípio da insignificância, **que a subtração patrimonial** foi praticada, *no caso*, **sem** violência física **ou** moral à vítima.

De outro lado, Senhora Presidente, **entendo** que a existência de procedimentos penais **instaurados** contra o ora paciente, **sem** que deles haja derivado **qualquer** condenação criminal **irrecorrível**, **não descaracteriza**, *só por si*, o reconhecimento *do fato insignificante*, **considerada a presunção constitucional de inocência** que, *além* de não se esvaziar progressivamente, **somente** deixa de subsistir **quando** da superveniência *do trânsito em julgado* de sentença penal condenatória.

Relembro julgamento desta colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal **em que se conferiu a necessária preeminência ao direito fundamental de qualquer pessoa de ser presumida inocente, independentemente** da natureza da imputação penal:

“- **A mera sujeição** de alguém a simples investigações policiais (arquivadas *ou não*) **ou** a perseguições criminais *ainda em curso* **não basta**, só por si – **ante a inexistência**, em tais situações, de condenação penal **transitada** em julgado –, **para justificar** o reconhecimento de que o réu **não possui** bons antecedentes. **Somente** a condenação penal **transitada** em julgado **pode justificar** a exacerbação da pena, **pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se** a presunção ‘*juris tantum*’ de inocência do réu, **que passa**, então, **a ostentar** o ‘status’ jurídico-penal de condenado, **com todas** as consequências legais daí decorrentes. **Precedentes. Doutrina.**

- **A presunção constitucional de inocência** no vigente ordenamento positivo brasileiro. **A evolução histórica desse direito fundamental** titularizado **por qualquer pessoa, independentemente** da natureza do crime pelo qual venha a ser condenada. O ‘*status quaestionis*’ **no direito internacional: proteção no âmbito regional e no plano global. Presunção de inocência: direito fundamental do**

HC 114340 / ES

indivíduo e limitação ao poder do Estado (ADPF 144/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, v.g.). Doutrina. Precedentes (STF)."
(HC 97.665/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, e em face das razões expostas, peço vênia para, dissentindo, deferir o pedido de “habeas corpus”.

É o meu voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 114.340

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) : FABIANO DOS SANTOS ANDRADE

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, que denegava a ordem, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro Teori Zavascki. **2ª Turma**, 05.02.2013.

Decisão: A Turma, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, que a concediam. **2ª Turma**, 14.05.2013.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Ravena Siqueira
Secretária Substituta