

**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.

Superior Tribunal de Justiça

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.

(...) **Destaques**

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 abitualità 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 abitualità non coincida necessariamente con l'unicità del comportamento. In altre parole, se è palese che la declaratoria 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'abitualità 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.

