

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trata-se de ação penal em que o objeto subtraído é uma bicicleta da marca “Cairu”, avaliada em R\$120,00 (cento e vinte reais) e devolvida ao proprietário. As instâncias ordinárias e o relator negaram incidência à atipicidade material ou insignificância.

Peço vênua ao eminente relator para dar provimento ao presente agravo regimental da defesa, tendo em vista as especificidades do caso, bem como os posicionamentos, sobre a matéria, externados em casos anteriores desta Segunda Turma, em especial o voto proferido nos autos do Agravo Regimental no Habeas Corpus 198437, para o qual fui designado redator:

“Ao julgar o HC 153.983/SP, por mim relatado, decisão monocrática, DJe 3.5.2018, acentuei que, após longo processo de formação, marcado por decisões casuais e excepcionais, o princípio da insignificância acabou por solidificar-se como importante instrumento de aprimoramento do Direito Penal, sendo paulatinamente reconhecido pela jurisprudência dos tribunais superiores, em especial a deste Tribunal.

Por isso, reconheço plausibilidade à tese sustentada pela defesa.

Em casos análogos, esta Suprema Corte tem reconhecido a possibilidade de aplicação do referido princípio. A propósito, menciono os seguintes precedentes: HC 96.822/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, unânime, DJe 7.8.2009; HC 92.988/RS, rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, unânime, DJe 26.6.2009; RHC 140.017/SC, rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, unânime, DJe 27.6.2017; HC 156.041/MG, por mim relatado, decisão monocrática, DJe 15.5.2018. Mais recentemente: HC 155.920 AgR/MG, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, unânime, DJe 7.10.2020.

Embora admita que a tipicidade penal deva ser vista, primeiramente, sob o prisma da tipicidade formal, assevero, todavia, que, hodiernamente, ganha relevo a denominada tipicidade material, consoante frisou o Ministro Celso de Mello, ao deferir a ordem no HC 98.152/MG, DJe 5.6.2009:

(...) 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, razão pela qual, como bem sustentou a Defensoria Pública da União, a concessão da ordem de *habeas corpus*,

pelo E. Superior Tribunal de Justiça, deveria ter conduzido, necessariamente, (...) à absolvição do acusado em razão da ausência de crime e não à mera extinção da punibilidade dos fatos praticados.

Penso que uma precisa delimitação da tipicidade material em suas dimensões positiva e negativa pode iluminar o entendimento sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância no caso em tela. A dimensão valorativa positiva do tipo material se liga ao bem jurídico tutelado, sendo que a questão decisiva aqui é saber se a norma protege um valor da comunidade digno de ser tutelado pelo direito penal. Já a dimensão negativa da tipicidade material está intimamente conectada com o grau de lesividade da conduta concreta ao bem jurídico protegido pela norma penal. (DAVILA, Fabio, *Ofensividade em direito penal*, 2009. p. 45 ss)

A questão é saber se e em que grau o comportamento ofende o bem jurídico digno de tutela penal. Justamente nessa dimensão negativa, surge na doutrina italiana o princípio da ofensividade, que prevê, em síntese, que não há tipicidade material, e, portanto, não há crime, quando a conduta concreta do agente não representar uma efetiva lesão ou uma possibilidade de lesão ao bem jurídico (MARINUCCI, Giorgio, *Corso di diritto penale*, 2001. p. 449 ss)

O princípio da insignificância (*das Geringfügigkeitsprinzip*), ora em debate, nada mais é do que um critério dogmático a ser empregado no âmbito de análise da tipicidade material. (ROXIN, Claus. *AT*, I, Rn. 38,40, 2006)

Em uma leitura conjunta do princípio da ofensividade com o princípio da insignificância, esteremos diante de uma conduta atípica quando a conduta não representar, pela irrisória ofensa ao bem jurídico tutelado, um dano (nos crimes de dano), uma certeza de risco de dano (nos crimes de perigo concreto) ou, ao menos, uma possibilidade de risco de dano (nos crimes de perigo abstrato), conquanto haja, de fato, uma subsunção formal do comportamento ao tipo penal. Em verdade, não haverá crime quando o comportamento não for suficiente para causar um dano, ou um perigo efetivo de dano, ao bem jurídico.

No caso em comento, o comportamento do paciente não é capaz de lesionar significativamente o bem jurídico protegido, sendo afastada a tipicidade material do tipo penal imputado. Trata-se de um caso exemplar em que não há qualquer demonstração da lesividade material da conduta, a pesar da subsunção desta ao tipo formal.

Para que seja razoável concluir, em caso concreto, no sentido da tipicidade, mister se faz a conjugação da tipicidade formal com a material, sob pena de abandonar-se, assim, o desiderato do próprio ordenamento jurídico criminal. Evidenciando o aplicador do direito a presença da tipicidade formal, mas a ausência da material, encontrar-se-á diante de caso manifestamente atípico.

Não é razoável que o Direito Penal e todo o aparelho do estado-polícia e do estado-juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância à hipótese da (...) **tentativa de subtração foram 04 (quatro) desodorantes e 2 (dois) aparelhos de barbear do tipo Prestobarba** (eDOC 14, p. 2; grifos originais), no valor de R\$ 114,36 (eDOC 2, p. 9). Isso porque, ante o caráter eminentemente subsidiário que o Direito Penal assume, impõe-se sua intervenção mínima, somente devendo atuar para proteção dos bens jurídicos de maior relevância e transcendência para a vida social. Em outras palavras, não cabe ao Direito Penal, como instrumento de controle mais rígido e duro que é, ocupar-se de condutas insignificantes, que ofendam com o mínimo grau de lesividade o bem jurídico tutelado.

Assim, só cabe ao Direito Penal intervir quando outros ramos do direito demonstrarem-se ineficazes para prevenir práticas delituosas (princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*), limitando-se a punir somente condutas mais graves dirigidas contra os bens jurídicos mais essenciais à sociedade (princípio da fragmentariedade).

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.

Dessa forma, destaco que, no caso em apreço, o prejuízo material foi insignificante, considerada a avaliação da *res furtiva* no valor de R\$ 114,36 (eDOC 2, p. 9), bem como o fato de a conduta não ter causado lesividade relevante à ordem social, havendo que incidir, por conseguinte, o postulado da bagatela.

Nesses termos, tenho que a despeito de restar patente a existência da tipicidade formal (perfeita adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal) não incide, no caso, a material, que se traduz na lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado, sendo-lhe atípica a conduta imputada.

Além disso, estamos diante, no caso em tela, de **produtos para higiene pessoal mais básica e que foram devolvidos, não havendo periculosidade social ou danosidade da ação, como bem aponta a DPU**.

Colhe-se dos autos que o agravante responde pelo cometimento de outros crimes de furto. (eDOC 2, p. 32-35; eDOC 14, p. 3).

No ponto, registro que, na Turma, tenho-me posicionado no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da bagatela em casos a envolver reincidentes. Nesse sentido, cito o HC 112.400/RS de minha relatoria, DJe 8.8.2012 e o HC 116.218/MG, de minha relatoria, no qual foi designado redator para o acórdão o Min. Teori Zavascki, DJe 13.12.2013. **Mais recentemente**, menciono: HC 181.389 AgR/SP,

por mim relatado, Segunda Turma, DJe 25.5.2020; RHC 163.611 AgR/MS, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 7.10.2020; dentre outros. É que, para aplicação do princípio em comento, somente aspectos de ordem objetiva do fato devem ser analisados. E não poderia ser diferente. É que, levando em conta que o princípio da insignificância atua como verdadeira causa de exclusão da própria tipicidade, equivocadamente é afastar-lhe a incidência tão somente pelo fato de o paciente possuir antecedentes criminais. Partindo-se do raciocínio de que crime é fato típico e antijurídico ou, para outros, fato típico, antijurídico e culpável, é certo que, uma vez excluído o fato típico, não há sequer que se falar em crime.

É por isso que reputo mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa, o fato em si, não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

Com relação a esse aspecto, respeito esse entendimento no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada, contudo, levando em conta as circunstâncias peculiares do caso (valor ínfimo de R\$ 114,36 e ausência de violência), entendo que razão assiste à defesa e, assim, reconheço a atipicidade da conduta do agravante.

Portanto, diante dos fundamentos expostos, **dou provimento ao agravo regimental para conceder a ordem de *habeas corpus* a fim de determinar a absolvição do agravante Cledilson da Conceição Hora, com fundamento no artigo 386, inciso III, do CPP (Proc. 0021419-76.2018.8.25.0001, 9ª Vara Criminal de Aracaju/SE).**

É como voto”.

De igual maneira, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus 113.381/RS, da relatoria do Min. CELSO DE MELLO, em 25/06/2023, decidiu-se:

“RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – DELITO DE FURTO (CP, ART. 155, “CAPUT”) – “RES FURTIVAE” NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 60,00 (EQUIVALENTE A 8,85% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

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.

A MERA EXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTOS PENAIIS (ARQUIVADOS OU EM CURSO), NOS QUAIS INEXISTENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO, NÃO BASTA, SÓ POR SI, PARA JUSTIFICAR A FORMULAÇÃO DE JUÍZO NEGATIVO DE MAUS ANTECEDENTES.

- A mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não) ou a persecuções 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 legitimar a recusa de aplicação, ao réu, do princípio da insignificância, pois, com o trânsito em julgado (e

somente com este), descaracteriza-se a presunção “juris tantum” de inocência do acusado, que passa, então, a ostentar o “status” jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes. Precedentes. Doutrina”.

Estabelecidas essas premissas jurisprudenciais, cabe analisar a tipicidade do caso concreto à luz da orientação teórica relacionada à preservação do Direito Penal como último recurso democrático..

O tipo penal do art. 155 do Código Penal (*Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*) deve ser lido em face da conformação democrática que reserva ao Direito Penal o lugar de última *ratio*, associado aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

A Teoria do Crime prevalecente se qualifica por 3 (três) atributos: (a) Tipicidade; (b) Antijuridicidade; e, (c) Culpabilidade. Somente será possível analisar a antijuridicidade e a culpabilidade se, e somente se, a conduta imputada atender ao desdobramento da tipicidade em: (i) formal; e, (ii) material.

A Tipicidade Formal decorre do raciocínio lógico empregado entre a premissa maior, a premissa menor e a conclusão, sem a consideração dos aspectos de realidade do caso penal concreto. Logo, o furto de qualquer coisa atenderia, formalmente, às duas proposições do raciocínio formalista. No entanto, o Direito Penal demanda raciocínio prático, orientado para o mundo da vida, justamente em face da incidência da diretriz constitucional que, por sua vez, reserva ao Direito Penal a função de garantia da propriedade e, também, da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III) , exigindo que a imposição de sanções penais decorra da violação tangível e relevante do espaço de proteção subsidiária (*ultima ratio*) do bem jurídico socialmente valorado.

O suporte teórico distancia-se do pressuposto ontológico da Teoria Finalista de Welzel e do dualismo entre Direito Penal e Política Jurídica pontuados por Von Liszt, para assumir a perspectiva unitária do Funcionalismo Teleológico Valorativo de Claus Roxin (**Derecho Penal, Parte General (Tomo I): fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito** . Trad. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997; **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal** . Trad. Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002; **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal** . Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; **Política criminal e sistema jurídico-penal** . Trad. Luis

Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012), fundada em atributos normativos relacionados à conjugação dos fins do Direito Penal e da Pena, articulando sob o mesmo domínio, a partir da proteção de bens jurídicos, aspectos anteriormente tratados de modo independente: Política Criminal e Dogmática Penal. Em consequência, o ponto unificador e que balizará a intervenção estatal é lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos analisados em concreto.

Juarez Tavares (**Fundamentos da Teoria do Delito** . São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, p. 279-285) desenvolve o raciocínio:

“Pode também ser incluída no âmbito da ausência de criação ou de aumento de risco a insignificância da lesão jurídica, a qual deriva do que se convencionou chamar de *principio da insignificância* . A aplicação do principio da insignificância está muito próxima do tratamento da insignificância acerca da contribuição causal. Nesta última a imputação será excluída pela ausência de dominabilidade do processo causal por parte do sujeito, a qual será apreciada *ex ante* por seu aspecto ita de intervenção nos fatos. O que se convencionou chamar de principio da insignificância constitui uma forma de interpretação da norma proibitiva que visa a excluir do âmbito da tipicidade, mais precisamente, do processo de imputação, aquelas condutas que produzam resultados inestimáveis para a lesão ou o perigo de lesão do bem jurídico. Nessa modalidade de conduta, a contribuição causal para o fato não é apreciada empiricamente, mas em conjugação com um juízo acerca da alteração sensível da realidade, traduzida como afetação do bem jurídico, portanto, também *ex post* .

A origem do instituto costuma ser conferida ao direito romano, cuja máxima de *minimis non curat pretor* já constituiria uma limitação da intervenção do Estado na vida privada. Na verdade, não parece muito nítida a inserção desse brocardo no Digesto, embora venha referido por ANTONII FABRI em 1605, ao fazer a análise da jurisprudência do Tribunal de Savoia em confronto com o Código Justiniano, mas como restrição do direito de ação e não cai incriada a do poder punitivo. No direito moderno, sua origem está vinculada ao processual penal alemão cuja regra positivada no § 153 do Código de Processo Penal alemão permite uma interpretação flexível da norma que institui a obrigatoriedade da ação penal, de modo a conferir aos órgãos de persecução penal o poder de arquivar casos de pequena gravidade.

[...]

“A doutrina processual penal alemã considera que a culpabilidade é reduzida quando, em comparação com fatos similares, não tenha ultrapassado a medida média, na qual sejam computados todos os fatores que a condicionam, como a espécie de sua execução, as consequências do fato e a intensidade da violação o dever. Da mesma forma, indica não haver interesse persecutório quando, por motivo de prevenção geral e especial, a pena seja desnecessária, até mesmo em face do tempo decorrido entre o fato e o seu descobrimento.

[...]

“Em termos penais, o princípio da insignificância é tratado, pioneiramente, por ROXIN e, também, por KRÜMPLEMANN e DREHER, os quais, dentro de suas respectivas concepções, buscam equacioná-lo dogmaticamente, principalmente ROXIN, ao propor em 1964, uma conciliação entre direito penal e política criminal mediante uma interpretação da norma criminalizadora em função da lesão de bem jurídico. Sob essa perspectiva, estabelece ROXIN restrições a imposição da pena criminal a fatos que, embora formalmente venham descritos na lei penal como criminosos, não chegam a afetar significativamente o bem jurídico e, portanto, não se amoldam ao tipo de injusto.

“Diante da mescla de efeitos penais e processuais que lhe são atribuídos, o princípio da insignificância não tem uma posição sistemática definida na teoria do delito. Apesar disso, será possível equacioná-lo no âmbito da imputação objetiva, porque, em sua essência, a insignificância da contribuição causal e de seu resultado está vinculada também ao processo de imputação do resultado. A própria norma proibitiva só terá sentido como mensagem de orientação de conduta, formulada pelo legislador, se estiver associada a um processo de imputação de responsabilidade, pelo qual se impõe resguardar os direitos fundamentais do sujeito. Por outro lado, convém assinalar que a ação típica, quase em sua totalidade, está vinculada a um objeto, pelo qual se relaciona com a alteração da realidade que se expressa na afetação do bem jurídico. Os elementos típicos não são compreendidos, simplesmente, por sua descrição, mas também por sua valoração pela ordem jurídica. São, além de dados empíricos, elementos normativos. Essa normatividade é que fornece aos elementos do tipo sua substância jurídico-penal e que, em muitos delitos, fundamenta a realização do resultado.

“No crime de furto, por exemplo, a ação de subtrair só adquire sentido quando referida à coisa alheia móvel como seu objeto. A alteração acerca da disponibilidade da coisa alheia móvel é que caracteriza uma lesão ao patrimônio. O furto só se consuma e, por isso, viola o patrimônio, quando a coisa alheia se puser sob o poder de disposição do agente. A ação de subtrair coisa alheia, então, criará o risco para o patrimônio e realizar-se-á em sua lesão quando se tenha

verificado o desapossamento do seu titular. O desapossamento não é um acontecimento puramente empírico, mas também produto normativo da ordem jurídica. Todavia, se a coisa alheia é de reduzido valor, já não será possível proceder a uma avaliação precisa da lesão do patrimônio, colocando-se em dúvida se efetivamente com tal conduta criou-se o risco de alteração do bem jurídico, de sorte que, com isso, possa-se caracterizar uma infração à norma proibitiva. O mesmo ocorre em outros delitos.

[...]

“Uma vez que o princípio da insignificância, como forma de interpretação, possa ser tratado no âmbito da criação ou do aumento do risco de lesão do bem jurídico, a situação pessoal do agente, como primário ou reincidente, não obsta ao seu reconhecimento. Como instituto do processo de imputação, o princípio da insignificância não necessita de uma classificação entre insignificância primária ou secundária, própria ou imprópria. A avaliação do fato deve estar subordinada unicamente a verificação se, efetivamente, a conduta do agente criou ou aumentou o risco para bem jurídico, em uma visão *ex ante*, ou ainda se o risco por da criado ou aumentado se realizou no resultado, em uma visão *ex post*. Está claro, também, que o não reconhecimento da insignificância no âmbito da imputação não impede sua acolhida no âmbito da culpabilidade, quando, então, seus efeitos devem ser avaliados em conformidade com a capacidade pessoal do agente de atender ou não à proibição da norma”.

Airto Chaves (**O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil** : duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores. In: *Católica Law Review*, Volume III, n.º 3, novembro 2019, Lisboa-Porto, p. 13) discorre sobre a insignificância:

“Nesta perspectiva, o sistema jurídico, tanto no âmbito constitucional quanto legal, autoriza e, por vezes, determina que o legislador estabeleça penalidades a partir do que se pode reconhecer que o constituinte pressupôs a existência de um Direito de Punir do Estado. No entanto, não se diz quando é que um comportamento deve ser considerado penalmente relevante para que o Estado possa, legitimamente, exercer esse direito. E esta é a principal questão que norteia o «conceito material do crime», isto é, a qualidade do conteúdo da ação punível. Enquanto através do «conceito formal de crime», a conduta punível é apenas sujeita a uma definição no âmbito do direito positivo, o conceito material de crime remonta para os fins do próprio Direito Penal, sua razão de ser. O conceito material de crime, portanto,

é anterior à própria legislação penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que ele pode tipificar a partir de uma norma penal incriminadora (ação + pena) e o que ele não deve traduzir na forma de lei penal. A descrição deriva do papel do Direito Penal, que é entendido por Roxin como «proteção subsidiária dos bens jurídicos»”.

Em consequência, a leitura a partir dos Direitos Fundamentais reconhecidos pela Constituição, associados aos Convencionais, correlacionados com o funcionalismo de Claus Roxin, acolhido por diversos autores, em maior ou menor medida (GRECO, Luís; LEITE, Alair, Claus Roxin, **80 anos** . In: Revista Liberdades, nº 07, maio-agosto, 2011, p. 97-123; HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal** . Barcelona: Bosch, 1984; TAVARES, Juarez. **Fundamentos da Teoria do Delito** . São Paulo: Tirant lo blanch, 2022; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal** . São Paulo: Atlas, 2020; MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal** . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, dentre outros), promove a exigência de comprovação tanto da tipicidade formal quanto da material relacionada à efetiva verificação de lesão ou de ameaça de lesão a bem jurídico relevante democraticamente, tendo como pressupostos:

- (a) Direito Penal de Fato: descrição de condutas passíveis de verificação em procedimentos em contraditório, vedada a invocação do Direito Penal do Autor;
- (b) determinação específica dos bens jurídicos, materialmente tangíveis, vedada a tipificação de aspectos vinculados à Liberdade, Tolerância e Secularização, especialmente de cunho moralizante; e,
- (c) exigência de relevância e significância, a partir do bem jurídico protegido, da efetiva lesão ou ameaça de lesão, impondo-se a avaliação quanto à necessidade prática de imposição de sanções, vedada a pena automática”.

Nos dizeres de Juarez Tavares (**Teoria do Crime Culposos** . São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 218), o bem jurídico “ *ao invés de ser tratado como objeto de proteção, deve assumir a posição de objeto de referência necessária da incriminação* ”. O preceito primário autoriza o estabelecimento do contraditório significativo, durante o procedimento penal, quanto aos pressupostos (antecedentes), aos requisitos (concorrentes) e às condições (subsequentes) da lesão ou da ameaça de lesão e, também sobre a necessidade da imposição da pena em concreto. Aliás, o Código Penal Português trata no art. 74 da dispensa de pena em face das circunstâncias concretas:

“1 - Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o arguido culpado mas não aplicar qualquer pena se: a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas; b) O dano tiver sido reparado; e c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção”.

A Tipicidade Formal é o referente pelo qual se deve avaliar no caso concreto, valendo-se da Teoria da Derrotabilidade, em que a hipótese de incidência do texto normativo “prima facie” pode ser derrotada “tento tudo em conta”, conforme resume Angeles Rodenas (La derrotabilidad de las reglas. El límite entre el Derecho dúctil y el Derecho arbitrario. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I, 2021, p. 43-66):

“La afirmación de que las reglas jurídicas son derrotables significa que, de acuerdo con nuestras prácticas jurídicas, puede estar justificado que los jueces dejen de lado las normas aplicables en la resolución de disputas y tengan en cuenta en su lugar otras consideraciones. En línea con este enfoque, este trabajo busca esclarecer los tipos de casos y las condiciones en las que, de acuerdo con nuestras convenciones asentadas, es aceptable que los jueces se desvíen de lo establecido en las reglas jurídicas. En concreto, en el artículo se diferencian tres tipos distintos de derrotabilidad: D1 (derrotabilidad en el nivel de prescripciones contenidas en la formulación de reglas); D2 (derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas), y D3 (derrotabilidad radical o derrotabilidad de la jerarquía de razones que proporciona el Derecho)”.

A Teoria da Derrotabilidade (*defeasibility*), cada vez mais conhecida e aplicada, deve se entendida no contexto do positivismo que, desde Herbert Hart (**O conceito de direito** . Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Fundação Caloust Gulbenkian, 2011), pretende estabelecer mecanismos racionais de distinção de cada caso concreto, no contexto pragmático de incidência da hipótese normativa ao suporte fático (VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade** . Curitiba: Juruá, 2010; SERBENA, Cesar Antonio (coord). **Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações** . Curitiba: Juruá, 2012; SARTOR, Giovanni. **Defeasibility in Legal Reasoning** . European University Institute, Florence, 2009; HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. **Conocimiento jurídico. ¿Sobre qué?** Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, n 22, p. 42, 1999. Consultar: www.cervantesvirtual.com/obra/n-22--1999; SERBENA, Cesar Antonio; CELLA, José Renato Gazieiro. **A lógica deôntica**

paraconsistente e os problemas jurídicos complexos . Verba Iuris, Curitiba, n 2, p. 121-134, 2000. CELLA, José Renato Gazieiro; SERBENA, Cesar Antonio. **Prefácio**. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010; MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito** . Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006; MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito** . Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Campus, 2008; RÓDENAS, Angeles. **La derrotabilidad de las reglas. El límite entre el Derecho dúctil y el Derecho arbitrario** ; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal a partir da Teoria dos Jogos e da MCDA-C** . Florianópolis: EMais, 2023; ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho** . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Estudos sobre lógica e direito** . São Paulo: Marcial Pons, 2013; BAYÓN MOHÍNO, J. C. **¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?** Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 24, p. 35 – 62, 2001; BISSOLI FILHO, Francisco. **A aplicação da noção de derrotabilidade ao direito penal na preservação dos direitos humanos** . In: SERBENA, Cesar Antonio (coord). *Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.

Potencializa-se a importância da argumentação jurídica e dos procedimentos de atribuição de sentido às premissas fática e normativa, providos de contraditório significativo, a partir da distinção entre texto e norma, justamente porque o texto é um *a priori* genérico e abstrato que somente ganha sentido em contexto determinado (plano pragmático da linguagem), “ *tendo tudo em conta* ” (TTC), momento em que se transforma em norma. A afirmação não significa a livre atribuição de sentido e sim a atualização ao tempo social e ajustes contextuais relacionados aos indicadores concretos de realidade, dentro do espaço da “argumentação institucional”, distinguida da “argumentação substantiva”, como explicam Noel Struchiner e Fábio Schecaira (**Teoria da argumentação jurídica** . Rio de Janeiro: PUC-Rio/Contraponto, 2016, p. 36):

“[...] a argumentação substantiva apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social etc. O cientista político, o filósofo moral, o jornalista que escreve um artigo, o leitor que manda a sua opinião para o jornal, o motorista de táxi, o amigo que bebe conosco uma cerveja no bar, todos costumam argumentar de maneira substantiva”, enquanto “a argumentação institucional, por outro lado, não apela livremente a considerações morais, políticas, econômicas e

sociais. Ela é mais burocrática, engessada e – alguns diriam – artificial. Quem argumenta institucionalmente não está preocupado em defender aquilo que parece mais justo, mais democrático ou mais eficiente no caso em questão. Quem argumenta institucionalmente, em geral, ocupa uma posição social que exige certo respeito em relação a regras e procedimentos previamente estabelecidos”.

No julgamento da ADI 6524/DF, de minha relatoria, consignei:

“Partindo do suposto hoje, inquestionável que o direito positivo não pode antecipadamente fornecer respostas prontas para todas as situações e problemas futuros, dada a natureza provisória do conhecimento humano, Giovanni Sartor nos ensina que os ordenamentos jurídicos possuem basicamente duas estratégias para lidar com tal limitação: a **revisão** e a **derrotabilidade**. Pela estratégia da **revisão**, sempre que uma regra geral e abstrata é falseada pela realidade concreta, é exigida a sua modificação. Por sua vez, a **derrotabilidade** comunga da ideia que proposições gerais são *defaults*, que nessa condição regulam a maioria dos casos, os casos normais, sem, contudo, articular com a pretensão de totalidade e definitividade:

‘A ideia de que normas jurídicas são *defaults* (e não regras estritas) torna possível um certo grau de estabilidade no conhecimento jurídico: nós não precisamos modificar nossas normas sempre que sua aplicação for limitada por subseqüentes exceções ou distinções. (Giovanni SARTOR. *Defeasibility in Law*. Giorgio BONGIOVANNI et al. (org.). **Handbook of Legal Reasoning and Argumentation**. Dordrecht: Springer Verlag, 2018, p. 342)’”.

Por isso, Fernando Andreoni Vasconcellos (**Hermenêutica jurídica e Derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 9 e 15) pontua:

“A derrotabilidade, enquanto propriedade formal de certas regras de inferência, cumpre um importante papel. [...]. Alguns criticam a derrotabilidade afirmando que ela traz insegurança jurídica. A crítica é infundada, pois, geralmente, quem a fórmula não é consciente de que, ao raciocinar, a utiliza na maioria dos casos condicionais derrotáveis, porém não admite expressamente essa realidade, ou por artifício retórico ou por falta de rigor científico, ou mesmo por desconhecimento. [...]. Na literatura estrangeira, são ricos os debates acerca do conteúdo e alcance da derrotabilidade, entre autores como Neil MacCormick, Robert Alexy, Eugenio Bulygin, Carlos Alchourrón, Henry Prakken, Jaap Hage, Manuel Atienza e Alexander Peczenik.

Pode-se dizer que este interesse existe porque [Robert Alexy]:#8216px; a análise da derrotabilidade na argumentação é um dos ramos mais excitantes da teoria da argumentação.”

Conforme explicam José Renato Gazieiro Cella e Cesar Antonio Serbena (In: **Prefácio**. VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 8):

“A lógica clássica e a lógica silogística são monotônicas no sentido que, de um conjunto de premissas, podemos deduzir um conjunto de conclusões; porém, quando adicionamos novas premissas ao conjunto inicial de premissas, as mesmas conclusões já deduzidas continuam valendo. Uma lógica não-monotônica é uma lógica diferente da lógica clássica e da lógica silogística, uma vez que nela, de um conjunto inicial de premissas, deduzimos certa conclusão, mas, uma vez adicionada uma outra premissa ao mesmo conjunto inicial, as conclusões não continuam valendo necessariamente. Dependendo da premissa adicionada, ela pode ‘derrotar’ a conclusão original e proporcionar uma nova conclusão. [...] Percebe-se que o raciocínio jurídico é um típico exemplo de utilização da inferência não monotônica ou do raciocínio derrotável: basta pensar que o magistrado, ao partir de um conjunto inicial de fatos provados, pode mudar radicalmente sua convicção inicial frente a uma nova prova produzida ao final do processo e sentenciar de uma forma contrária à decisão inicialmente formulada mentalmente. Da lógica deôntica não monotônica ou derrotável, a derrotabilidade migrou rapidamente para a Teoria do Direito”.

Por mais que o domínio do Direito adote, em geral, a Lógica Monotônica, a abertura para Lógicas Não-Monotônicas (DA COSTA, Newton; KRAUSE, Décio. **Notas de lógica. Parte I; Lógicas proposicionais clássica e paraconsistente**) é um recurso funcional de racionalidade quando da adequação dos casos concretos em relação aos textos normativos de referência (Tipos Penais; Preceitos Primários), com ampla aplicabilidade no campo penal diante da multiplicidade de circunstâncias dos casos penais, especialmente quanto à efetiva lesão ou ameaça de lesão à bens jurídicos anteriormente delineada.

Francisco Bissoli Filho (**A aplicação da noção de derrotabilidade ao direito penal na preservação dos direitos humanos** . In: SERBENA, Cesar

Antonio (coord). Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 424- 425) discorre sobre a incidência da Teoria da Derrotabilidade no Direito Penal:

“O que importa sublinhar, para que fique clara a aplicação da noção de derrotabilidade no âmbito do direito penal, é que, por serem os tipos penais incriminadores, condições insuficientes para determinarem as consequências penais, como qualquer outra norma jurídica, acabam sendo derrotados por condições ou exceções implícitas, que, no direito penal, são chamadas de causa supralegais de exclusão de tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou punibilidade. [...] O direito penal, especialmente a teoria do delito, não pode prescindir de um raciocínio por defeito ou não monotônico, que orienta a noção de derrotabilidade, uma vez que as formulações normativas contidas nos tipos penais não constituem condições suficientes para a imposição das consequências penais”.

José Eduardo Lourenço dos Santos (**Direito penal, derrotabilidade e princípio da insignificância** . In: SERBENA, Cesar Antonio (coord). Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 438) aborda especificamente a temática da atipicidade:

“Ao se verificar o princípio da insignificância, e o que ele compreende, podemos afirmar que sempre que determinado comportamento se adequar a um modelo penal, no caso, a uma norma penal incriminadora (aquela que define crimes e impõe sanções penais), ocorrendo uma ínfima ofensa ao bem jurídico, aí compreendida sua natureza e extensão da ofensa, pela atuação do princípio da bagatela, tal norma penal é derrotada, em virtude do que deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Vale lembrar que isso não significa a revogação dessa lei penal, mas sim sua não aplicação a determinado caso”.

O texto penal estabelecido de modo geral e abstrato não consegue, por definição, dar conta de todas as hipóteses do mundo, exigindo-se, sempre a discussão das condições necessárias e suficientes de incidência. Surgem, assim, situações excepcionalizáveis, ‘a menos que’ algo se verifique, no caso concreto, pode-se excluir a hipótese de incidência geral e abstrata, como se verifica nos casos de atipicidade material/insignificância. Embora se possa excepcionar a aplicação do texto ao caso específico, a regra não deixa, necessariamente, de se manter como válida no ordenamento jurídico, apenas não operando efeitos no caso singularizado, dada sua derrota

contextual. A tipicidade formal *a priori* será mantida, enquanto a tipicidade material é derrotada “ *tendo tudo em conta* ” (TTC).

Conforme especifica Cesar Antonio Serbena (**Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade** . In: SERBENA, Cesar Antonio (coord). Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 16 e 32):

“A derrotabilidade, enquanto propriedade formal de certas regras de inferência, poderia cumprir o importante papel de servir como modelo para o raciocínio jurídico a partir dos princípios constitucionais. [...] “Os termos ‘raciocínio não monotônico’ designam uma espécie de raciocínio baseado na ‘inferência derrotável’ (defeasible inference), ou seja, um raciocínio cotidiano em que o agente se reserva o direito de mudar suas conclusões quando obtém alguma nova premissa ou informação, de modo que algumas razões são ‘derrotadas’ por outras quando comparadas. O que leva uma razão a ser derrotada depende do critério utilizado pelo agente, que pode variar em cada situação particular, como o grau de certeza ou incerteza da informação obtida, ou a própria fonte de onde esta informação é obtida. Dessa maneira o agente obtém uma conclusão por tentativas”.

Alexandre Morais da Rosa (Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos e a MCDA-C) sustenta que:

“Longe de legitimar o ‘decisionismo’, a proposta da derrotabilidade aceita a coexistência válida de diversas normas jurídicas a partir do mesmo texto, ajustadas aos indicadores de realidade, cujo grau de eficácia dependerá dos mecanismos dinâmico de estabelecimento/acréscimo das premissas, da hierarquia, da ordem e do respectivo peso conferido, capaz de excepcionar a hipótese de incidência geral e abstrata ao caso penal concreto em face do suporte fático ou normativo do contexto situado no espaço e no tempo. A lista, a ordem, a hierarquia e o peso das premissas *a priori* poderão se alterar ‘tendo tudo em conta’ – TTC, impondo o efeito ‘retropropagador’. O caráter dinâmico do plano pragmático da linguagem materializa-se pela efetiva participação das partes na construção do provimento jurisdicional, por meio do processo penal, entendido como procedimento em contraditório (Elio Fazzalari), em que as pretensões de validade serão apresentadas, debatidas e analisadas por meio de oportunidades comunicacionais e decisão motivada e fundamentada”.

Verifica-se, assim, a funcionalidade operacional da Teoria da Derrotabilidade que, mesmo com diversas vertentes teóricas, segundo Fernando Vasconcellos (**Hermenêutica jurídica e Derrotabilidade** . Curitiba: Juruá, 2010, p. 57), é possível:

“afirmar a existência de um núcleo comum atribuído ao seu conceito, consistente na ideia segundo a qual a consequência da norma jurídica pode ser derrotada, afastada, não-aplicada, em razão da existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível. Em termos processuais, pode-se falar em fatos impeditivos, modificativos ou extintivos capazes de infirmar a norma ‘prima facie’, derrotando-a a fim de permitir a aplicação de uma norma excepcional, diferente daquela prevista a priori a partir da literalidade textual”.

Por consequência, a Tipicidade Formal é condição necessária, mas não suficiente à incidência do preceito primário em eventos criminalizados, especialmente envolvendo questões patrimoniais, nas quais o bem jurídico protegido é preservado, ainda que colocado em risco. Exige-se Tipicidade Material. O que se protege é o bem jurídico patrimônio, motivo pelo qual a atribuição de responsabilidade penal *prima facie* poderá ser derrotada *tendo tudo em conta* (TTC). Do contrário, prevaleceria a tipicidade meramente formal. Assim é que o suporte fático de cada caso concreto deve ser valorado em suas especificidades, evitando-se a tarifação do bem subtraído em percentual do salário mínimo que criam regras de segunda ordem e desconsideram a multiplicidade de variáveis contextuais.

Embora a subtração possa ser desvalorada do ponto de vista coletivo, para fins de sancionamento, deve-se apurar até que ponto há relevância penal que justifique a incidência do Direito Penal e, também, as consequências da imposição de sanções penais. Longe de se autorizar pequenos delitos abstratamente, o ajuste contextual serve à verificação, em concreto, da efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido, cujo ônus da prova e argumentativo é atribuído a quem alega (CPP, art. 156).

Airto Chaves no texto antes mencionado (p. 30) resume:

“[...] há de se respeitar requisitos para aferição da hipótese de incidência do Princípio da Intervenção Mínima, quais sejam: 1. O reconhecimento de que o caso sob reflete um ataque a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento da vítima em

sociedade; 2. Que esse ataque seja grave o suficiente para justificar a última instância de controle social (Direito Penal). A gravidade da lesão ao Bem Jurídico, por sua vez, deve ser medida tendo em conta: a) a classe de violação realizada, em face de sua tolerabilidade social; b) a intensidade do prejuízo ao bem jurídico da vítima em face de suas condições pessoais; e, c) se o emprego do Direito Penal, na hipótese concreta, não é meramente simbólico, diante da melhor e mais eficaz possibilidade de solução do problema social por outra via (institucionalizada ou não)”.

João Paulo Martinelli e Leonardo Schmidt de Bem (Direito Penal: Lições Fundamentais: Parte Geral. D’Plácido: Belo Horizonte, 2023, p. 337 e 339):

“Ao lado do princípio da adequação social, porém de nascimento posterior, o princípio da insignificância foi sistematizado por Claus Roxin em 1964 e se relacionaria com o axioma *minima non curat praetor*, embora haja alguma imprecisão da verdadeira origem do brocardo²¹. O autor, porém, abandonou a terminologia inicial nos estudos seguintes, preferindo a expressão ações insignificantes, tanto que ele só apresenta exemplos de sua incidência, mas não propriamente uma definição. Temos, portanto, a clara opção da insignificância como critério de interpretação. [...] A insignificância, como critério de interpretação, guarda intrínseca relação com o dogma da ofensividade ou conflitividade, pois constitui a sua expressão positiva quando analisado sob um ponto de vista quantitativo. Significa que a incidência do direito penal está vinculada à afetação mínima do bem jurídico-penal tutelado. Sob um viés interpretativo, portanto, trata-se de uma causa de exclusão da tipicidade material em razão da escassa afetação ao bem jurídico-penal”.

Ana Cláudia Pinho e Fernando da Silva Albuquerque (Precisamos falar de garantismo. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 140-178) apontam:

“E o que dizer dos crimes patrimoniais sem violência, na modalidade tentada? Ou ainda na forma consumada, quando ocorre, recuperação integral do bem? Nessas hipóteses, a suposta vítima não sofre qualquer lesão em seu patrimônio, seja porque o objeto sequer sai de sua esfera de domínio (tentativa), seja porque a res é recuperada integralmente, sem qualquer dano (consumação, com consequente devolução). Por tal razão (inexistência de lesão ao bem jurídico), restariam atípicas todas as condutas que, formalmente, aperfeiçoam-se tipos penais patrimoniais sem violência, na modalidade tentada. Fazer o sistema penal intervir em tais casos simplesmente, infligir ao

autor do ato um sofrimento oficial, sem ter havido ofensa ao bem jurídico. Sem ofensa ao patrimônio, o suposto autor da conduta pratica bem mais um pecado, do que propriamente um crime. [...]. Lesão, ofensa, dano são, dessa forma, categorias indispensáveis ao delito. Só é crime a conduta que causa ofensa, e desde que, lembre-se, não se possa utilizar outro ramo do Direito (civil, administrativa, tributário etc.) ou outra forma de controle social para dirimir o conflito (caráter fragmentário do Direito Penal), Crime, portanto, não se confunde com pecado. Atos e comportamentos que, aparentemente, atentam contra a moral comum e "bons costumes" ou são proibidos pelas religiões ou, até mesmo, chocam o chamado homo medius (se é que ele existe) devem permanecer afastados das garras do Direito Penal, a não ser que - para além dessa dimensão a(i)moral ou pecaminosa - provoquem dano efetivo, juridicamente considerado, a um interesse tutelado pela norma"

No julgamento do *habeas corpus* 181.389, de minha relatoria, constou a seguinte ementa:

"Penal e Processual Penal. 2. Furto e insignificância.

3. A reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto. Precedentes (HCs 123.108, 123.533 e 123.734, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2016).

4. O reconhecimento da majorante em razão do cometimento do furto em período noturno não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto. Precedentes (RHC 153.694 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 27.8.2018; HC 136.896, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 20.2.2017).

5. Hipótese de furto de R\$ 4,15 em moedas, uma garrafa de Coca-Cola, 290ml, duas garrafas de cerveja, 600ml, e uma garrafa de pinga marca 51, 1 litro, tudo avaliado em R\$ 29,15, restituídos à vítima.

6. Agravo regimental desprovido, de modo a manter integralmente a decisão monocrática que reconheceu a atipicidade da conduta em razão da insignificância".

Constou do voto:

"Destaca-se que, no julgamento conjunto dos HCs 123.108, 123.533 e 123.734 (Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2016), o

Plenário desta Corte firmou o entendimento segundo o qual, no delito de furto, a reincidência não impede, por si só, a possibilidade de atipicidade material.

Nesta Segunda Turma, tenho-me posicionado, juntamente com Sua Excelência o Ministro Celso de Mello, no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da bagatela em casos a envolver reincidentes. Cito o seguinte julgado, em que se negou, à unanimidade, o recurso da PGR:

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Furto tentado. Um frasco de desodorante, uma caixa de neosaldina e um sabonete líquido, avaliados em R\$ 30,00, restituídos ao estabelecimento comercial. 3. Reincidência. 4. Princípio da Insignificância. 5. Incidência. 6. Possibilidade. 7. Precedentes: Plenário no julgamento conjunto dos HCs 123.108, 123.533 e 123.734, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 1º. 2.2016. 8. Negativa de provimento ao agravo regimental. (HC 161.074 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 30.11.2018)

Levando em conta que o princípio da insignificância atua como verdadeira causa de exclusão da própria tipicidade, equivocado é afastar-lhe a incidência tão somente pelo fato de o recorrente possuir antecedentes criminais.

Por isso, reputo mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa e não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato. Ou seja, reincidência ou maus antecedentes não impedem, por si só, a aplicação do princípio da insignificância.

Nesses termos, tenho que, a despeito de restar patente a existência da tipicidade formal (perfeita adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal), não incide, no caso, a material, que se traduz na lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado, sendo atípica a conduta imputada.

Ademais, as circunstâncias do caso concreto demonstram a presença dos vetores traçados pelo Supremo Tribunal Federal para configuração do mencionado princípio: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica causada (cf. HC 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJe 19.11.2004).

Registro, ainda, recentíssima decisão proferida pelo decano desta Corte, nos autos do HC 140.310 AgR, DJe 7.2.2020:

Destaque-se, por necessário, fragmento do voto do eminente Ministro ROBERTO BARROSO, proferido por ocasião do mencionado julgamento plenário:

(...) Partindo dessas premissas, entendo que a simples circunstância de se tratar de réu reincidente ou de incidir alguma qualificadora (CP, art. 155, § 4º) não deve, automaticamente, afastar a aplicação do princípio da insignificância. (...). (grifei)

Essa diretriz jurisprudencial é importante ressaltar tem sido acolhida em sucessivos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal a propósito de matéria similar à ora em exame nesta causa (HC 118.688/MG, Rel. Min. ROBERTO BARROSO HC 137.517/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO HC 138.557/SC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI HC 140.201/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES HC 143.832/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI HC 151.189/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO HC 151.203/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO HC 155.920/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO HC 159.358/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. A aplicação do Princípio da Insignificância, na linha do que decidido por esta Corte, pressupõe ofensividade mínima da conduta do agente, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão jurídica causada e ausência de periculosidade social. (Precedente). 2. No julgamento conjunto dos HCs 123.108, 123.533 e 123.734 (Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 01.02.2016) o Plenário desta Corte firmou o entendimento de que, no delito de furto simples, a reincidência não impede, por si só, a possibilidade de atipia material. Também foi acolhida a tese de que, afastada a possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância por furto, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 4. Recurso provido para restabelecer a sentença de primeiro grau, que reconheceu a aplicação do princípio da insignificância e absolveu o paciente do delito de furto. (RHC 140.017/SC, Rel. Min. EDSON FACHIN grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas e tendo em vista, sobretudo, as recentíssimas decisões por mim proferidas (HC 137.517/MG, HC 151.189/MG, HC 151.203/MG, HC 155.920/MG, HC 159.358/MG e HC 178.191-MC/SP, v.g.), defiro o pedido de habeas corpus, para invalidar a condenação penal que foi imposta ao ora paciente pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de Belo Horizonte/MG (Processo-crime nº 3951715- -42.2013.8.13.0024), por ausência de tipicidade material da conduta que lhe foi imputada, considerado, para esse efeito, o princípio da insignificância”.

[...]

Destaco, ainda, que, no caso em apreço, não houve sequer prejuízo material, pois os objetos foram restituídos à vítima, mais um motivo por que deve incidir, por conseguinte, o postulado da bagatela, sobretudo porque a consequência nuclear do crime patrimonial é acrescer o patrimônio do autor e minorar o da vítima.

Em relação à **aplicação do princípio da insignificância em casos de furto qualificado ou majorado**, há precedentes desta Segunda Turma no sentido de que tal circunstância não impede tal possibilidade:

“Agravamento regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Denúncia de furto qualificado. Artigo 155, § 4º, inciso IV, do CP. 3. RHC provido para conceder a ordem e determinar a absolvição do recorrente, com fundamento no artigo 386, inciso III, do CPP, diante da situação concreta dos autos, consistente no insignificante prejuízo material, considerado o laudo de avaliação da res furtiva, bem como a inexistência de lesividade relevante à ordem social. Precedentes. 4. Pretendido afastamento, pelo Ministério Público, do princípio da insignificância, que se rejeita. 5. Manutenção da decisão agravada em face da ausência de argumentos suficientes a infirmar o decisum. 6. Agravamento regimental a que se nega provimento. (RHC 153.694 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 27.8.2018)

Habeas corpus. Penal. Princípio da insignificância. Condenação. Pena restritiva de direitos. Furto em detrimento de estabelecimento comercial no período noturno de 2 (duas) barras de ferro avaliadas em R\$ 160,00 (cento e sessenta reais). Res furtiva restituída à vítima. Ausência de prejuízo material. Paciente primário não costumeiro na prática de crimes contra o patrimônio. Reduzido grau de reprovabilidade de seu comportamento. Conduta que não causou lesividade relevante à ordem social. Satisfação concomitante dos vetores exigidos pela Corte ao reconhecimento da insignificância. Ordem concedida. 1. A configuração do delito de bagatela, conforme tem entendido a Corte, exige a satisfação de determinados requisitos, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC nº 84.412/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 19/11/04). 2. No caso dos autos, consoante se extrai da sentença de primeiro grau, é diminuto o valor da res furtiva, vale dizer, 2 (duas) barras de ferro viga G avaliadas em R\$ 160,00 (cento e sessenta reais), assim como o paciente é primário, não se podendo abstrair das circunstâncias referidas no édito condenatório ser ele costumeiro na prática de crimes contra o patrimônio, tanto que foi agraciado com a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. 3. Plausibilidade da tese sustentada pela defesa, já que o caso não se enquadra em nenhuma daquelas situações reconhecidas pelo Tribunal Pleno como óbice à incidência do princípio da

insignificância, vale dizer, as hipóteses de furto qualificado e a caracterização de habitualidade delitiva específica ou reincidência (v. g. HC nº 123.108/MG; HC nº 123.533/SP; HC nº 123.734/MG, todos de relatoria do Ministro Roberto Barroso). 4. **A hipótese de o delito ter sido praticado durante o repouso noturno, não deve ser interpretada como óbice ao reconhecimento do princípio da insignificância**, uma vez que o furto foi praticado por agente primário em detrimento de estabelecimento comercial que não sofreu qualquer tipo de prejuízo material, segundo se infere dos autos, pois as 2 (duas) barras de ferro foram restituídas à empresa vitimada. 5. Não se mostra razoável movimentar o aparelho estatal para conferir relevância típica a um furto de pequena monta quando, como já sinalizado pelo Ministro Gilmar Mendes, as condições que orbitam o delito revelam a sua singeleza miudeza e não habitualidade (HC nº 94.220/RS, Segunda Turma, DJe de 1º/7/10). 6. O reconhecimento da inexistência de prejuízo material para o estabelecimento comercial vitimado e o fato de o paciente não ser contumaz, quando associados ao argumento de que a conduta não causou lesividade relevante à ordem social, recomendam a aplicação do postulado da bagatela. 7. Ordem de habeas corpus concedida para reconhecer a incidência do princípio da insignificância no caso, absolvendo-se, assim, o paciente com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. (HC 136.896, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 20.2.2017)

Diante do exposto, **nego provimento ao agravo regimental**, de modo a **manter integralmente a decisão monocrática que reconheceu a atipicidade da conduta em razão da insignificância.**

É como voto”.

No caso concreto, deve-se analisar as circunstâncias próprias, afastando-se, desde já, o óbice quanto ao furto noturno, considerando que o paciente é primário, a bicicleta da marca “Cairú”, avaliada em R\$120,00 (cento e vinte reais), foi localizada e devolvida ao proprietário. Embora a Tipicidade Formal esteja presente *a priori*, a atribuição de responsabilidade penal é derrotada em face da ausência de Tipicidade Material, “*tendo tudo em conta*” (TTC), a partir da incidência da argumentação antes adotada, em especial os princípios constitucionais, do funcionalismo penal e da Teoria da Derrotabilidade.

Por fim, destaco que o paciente fazia jus ao oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), consoante decisões recentes da Segunda Turma, especificamente os autos do *habeas corpus* 206660, relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado nesta sessão.

Ante o exposto, **voto pelo provimento do agravo regimental** , para o fim de reconhecer a atipicidade material da conduta, trancando, por consequência o caso penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 02/03/2023