

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

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

RELATÓRIO

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

É o relatório.



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

VOTO

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

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

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

Nesse sentido:

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

Dessarte, verifico que não prosperam as preliminares apresentadas.

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

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

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

Nesse sentido:

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

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

Pertinente, ainda, a lição de Rogério Greco:

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

Ao ensejo:

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

Embora a Corte Suprema tenha afirmado não estar fixando tese sobre

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

No mesmo teor:

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

No mesmo sentido sentido:

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

A propósito:

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

