

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

VOTO

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

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

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

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

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

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

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

3. Agravo Regimental a que se nega provimento".

Somente os embargos interpostos pelo Ministério Público Federal foram

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

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

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

Na linha da doutrina especializada no exame da matéria:

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

Dessarte, não obstante reconhecido pela doutrina, a dificuldade de

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

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

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

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

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

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

dogmática penal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Claux Roxin, a propósito do tema, ensina que:

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

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

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

Em resumo, proponho uma revisão dos contornos do princípio da

Superior Tribunal de Justiça

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

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

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

É o voto.