

HABEAS CORPUS 123.734 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp 1.438.176/MG, Rel. Min. Moura Ribeiro. Consta dos autos, em síntese, que: (a) o paciente foi condenado à pena de 1 ano de detenção, em regime aberto, pela prática do crime de tentativa de furto privilegiado-qualificado, cometido mediante escalada e com destruição de obstáculo (art. 155, §§ 2º e 4º, I e II, c.c art. 14, II, do Código Penal); (b) buscando a aplicação do princípio da insignificância, a defesa apresentou recurso de apelação no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que lhe negou provimento; (c) inconformada, interpôs recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Relator negou-lhe seguimento; (d) contra essa decisão, foi interposto agravo interno, que foi improvido, em acórdão assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO *QUALIFICADO TENTADO*. MODUS OPERANDI. ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a configuração do delito de bagatela devem estar presentes, de forma concomitante, os seguintes requisitos: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e, d) lesão jurídica inexpressiva. Precedentes do STF e do STJ.

2. A tentativa de furto realizada mediante escalada e rompimento de obstáculo impede a aplicação do princípio da *insignificância*, uma vez que o modus operandi revela a reprovabilidade do comportamento do agente.

3. *Agravo regimental não provido.*

Nesta ação, sustenta a impetrante, em síntese, que: (a) a subtração de 15 (quinze) bombons, avaliados em R\$ 30,00 (trinta reais), não pode ser considerada lesiva ao patrimônio da vítima; (b) “como já relatado na sentença, a vítima não suportou nenhum prejuízo, pois recuperou o objeto de furto”; (c) “as circunstâncias de caráter eminentemente pessoal não interferem no reconhecimento do princípio da insignificância, pois a atipicidade da conduta está relacionada ao bem jurídico tutelado e ao tipo penal, e não com a pessoa do acusado”. Requer, assim, a concessão da ordem, para que seja aplicado o princípio da insignificância, reconhecendo a atipicidade da conduta.

2. O paciente foi denunciado pela prática do crime de tentativa de furto qualificado, previsto no art. 155, § 4º, II, c.c art. 14, II, do Código Penal, pois em 1º de maio de 2011, mediante escalada e destruição de obstáculo, tentou subtrair para si, coisa alheia móvel, consistente em quinze bombons, em detrimento da vítima Gilmar Alves Lopes, proprietário do estabelecimento comercial Restaurante Minas e Gerais. O crime somente não se consumou, segundo a denúncia, porque “o alarme do restaurante disparou e a polícia militar foi acionada, logrando êxito em deter o autor”.

Ao que se constata das decisões das instâncias ordinárias, não se considerou aplicável, neste caso, o princípio da insignificância em razão do destacado modo de execução do crime. Esse mesmo entendimento foi adotado pelo acórdão do STJ, ato agora atacado, que tem por fundamento a reprovabilidade da conduta do agente. Disse o relator no STJ:

No caso dos autos, noto que o entendimento esposado pelas instâncias ordinárias encontra-se em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte no que concerne à impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância quando constatada a reprovabilidade do comportamento do agente, uma vez que o furto foi realizado mediante escalada e com rompimento de

obstáculo. Nesse contexto, por oportuno, transcrevo o seguinte excerto da sentença:

Ora, na hipótese, observo que a figura da qualificadora prevista no inciso I, do parágrafo 4º do art. 155, do Código Penal, qual seja o rompimento de obstáculo, restou devidamente comprovada através da conclusão do laudo de fls. 113/121, demonstrando, inclusive, através de fotografias, que as telhas foram arrancadas para entrada no local.

Semelhante circunstância afasta a ofensividade mínima e o baixo grau de reprovabilidade na conduta do agente, impedindo, a meu modesto aviso, a aplicação do referido princípio.

Demais disso, a outra qualificadora prevista no inciso II, do mesmo dispositivo legal, ou seja, a escalada, também restou comprovada. A teor do referido laudo, houve escalada de aproximadamente 3,0 metros de altura.

Dessa forma, o modus operandi do delito em apreço demonstra a reprovabilidade da conduta do agente e impede a incidência do princípio da insignificância.

Além do ousado *modus operandi* empregado, outro aspecto não pode ser ignorado para a exame da controvérsia: a proteção a que norma incriminadora destina dar ao sujeito passivo do delito de furto, sobretudo àquele que tem invadido o seu estabelecimento comercial onde lícitamente auferir renda. Chama atenção, a propósito, a declaração da vítima, cujo teor está transcrito na sentença condenatória:

*“ (...) que anteriormente o acusado havia furtado do depoente um **GPS**, folhas de cheques e alguns trocados que estavam no caixa; que quando o acusado adentrou no estabelecimento o alarme disparou e por isso o acusado conseguiu levar apenas os bombons; (...) que reconhece a fotografia de fls. **33** como a da pessoa que adentrou em seu estabelecimento; que o depoente não presenciou a abordagem do acusado; que o acusado tem causado muitos transtornos para o depoente; que o acusado **já** adentrou no seu estabelecimento aproximadamente três vezes; que o depoente*

já teve **um** prejuízo de aproximadamente R\$14.000,00 de todos os furtos que ocorreram em seu estabelecimento...”

Consta dos autos, ademais, relatório policial no qual se noticia que “o autuado já possui indiciamento por crime da mesma natureza e está sendo investigado por crime de furto contra a mesma vítima deste flagrante” (e-STJ, fl. 44, doc. 01).

3. O caso, portanto, não diz respeito a um simples e isolado furto tentado de quinze bombons. Trata-se, na verdade, de um furto qualificado (de pequeno valor, é certo), praticado por agente com reiterada conduta da mesma espécie. Sendo assim, é preciso que o Tribunal tenha presente as consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade em casos como o examinado. Negar a tipicidade dessas condutas significa afirmar que, do ponto de vista penal, seriam condutas lícitas. Pode-se argumentar que o lesado, nesse caso, terá a faculdade de pleitear uma indenização, no plano da responsabilidade civil. Não é preciso enfatizar que, à toda evidência, a alternativa da reparação civil não passa de possibilidade meramente formal, destituída de qualquer viabilidade no plano da realidade. Sendo assim, a conduta seria não apenas penalmente lícita, mas também imune a qualquer espécie de repressão estatal, a significar que, na prática, será uma conduta equivalente a uma conduta jurídica lícita e legítima, sob todos os aspectos.

Ora, isso está em manifesto descompasso com os valores que, inegavelmente, permeiam o conceito social de justiça. É inegável que a conduta em causa – prática reiterada e contumaz de pequenos furtos – não é considerada socialmente aceitável. Não é difícil imaginar, portanto, que, ante a inação estatal em reprimi-la, a sociedade buscará proteger-se com iniciativas que redundarão em fazer justiça por mão própria. Essa é uma consequência que, nas circunstâncias, se mostra natural e incontornável. Nessas circunstâncias, parece certo que, a pretexto de favorecer o agente, a imunização da sua conduta do controle estatal acabará por deixá-lo exposto a uma situação de “justiça privada”, com

resultados imprevisíveis, provavelmente muito mais graves. O Judiciário, que detém o monopólio da jurisdição, não pode, com sua inação, abrir espaço para que isso ocorra. É justamente para situações como essa que se deve prestigiar o papel do juiz da causa, a quem cabe avaliar, em cada caso concreto, a aplicação, em dosagem adequada, seja do disposto no art. 155,§ 2º do CP – como ocorreu no caso -, seja da adequada aplicação do princípio constitucional da individualização da pena.

4. A propósito dos pressupostos básicos do princípio da insignificância, reporto-me ao voto-vista proferido no RHC 115226, julgado pela Segunda Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 21/11/2013:

“3. Há convergência de entendimento, na jurisprudência do STF, de que, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e assim afastar a recriação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. É ilustrativo e sempre referido, a propósito, o acórdão de lavra do Ministro Celso de Mello, no HC 84.412-SP, 2ª Turma, DJ de 19.11.2004, em cuja ementa se lê:

(...) O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se,

em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: 'DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR'. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

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

(...)

5. O enfrentamento dessa específica questão impõe a consideração de algumas premissas de ordem conceitual. É que, como bem assevera a jurisprudência do Tribunal, nesse ponto sem divergência, o princípio da insignificância não pode ser aquilatado à luz, apenas, do conceito de tipicidade formal, mas,

sim, da tipicidade em seu sentido material, conforme, aliás, ficou claro no voto do Ministro Celso de Mello, no já referido HC 84.412-SP. A questão que se põe é a de saber se o juízo de tipicidade material comporta exame dessa conduta social do agente, representada pela contumácia da prática delituosa.

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

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

Há, pois, relevante diferença entre tipo e tipicidade:

‘O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal. (...) O juiz comprova a tipicidade comparando a conduta particular e concreta com a individualização típica, para ver se se adequa ou não a ela. Este processo mental é o *juízo de tipicidade* que o juiz deve realizar’ (op. cit., p. 388).

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

‘O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente

que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que a ela agrega uma tutela penal. Conforme esse processo de gestação, resultará que a conduta que se adequa a um tipo penal será, necessariamente, contrária à norma que está anteposta ao tipo legal, e afetará o bem jurídico tutelado. (...) Isso significa que a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa.

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

A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a tipicidade legal, obriga a indagar sobre a tipicidade penal da conduta. (...) A tipicidade penal pressupõe a legal, mas não a esgota; a tipicidade penal requer, além da tipicidade legal, a antinormatividade.' (op. cit., p. 398/9).

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

'Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro

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

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

(...)

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

Essa tipicidade conglobante produz outros resultados importantes, que interessam mais de perto à questão aqui em exame:

'Se a norma tem sua razão de ser na tutela de um bem jurídico, não podem incluir no seu âmbito de proibição as condutas que não afetam o bem jurídico. Consequentemente, para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico. Embora se trate de um conceito que nos

proporciona um claro instrumento de interpretação legal, pode acontecer que o tipo legal tenha se configurado, e, no entanto, o bem jurídico não tenha sido atingido. Isto só pode ser estabelecido na tipicidade conglobante, ainda que, é justo reconhecer, se trate de casos excepcionais' (op. cit., p.488/9).

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

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

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada' (op. cit., p. 488/9).

7. O que resulta dessas premissas conceituais é que a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade, mormente em se tratando de crimes contra o patrimônio, envolve juízo muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa, nesse juízo de tipicidade conglobante, de modo significativo, investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, que se traduz pela ausência de periculosidade social, pela mínima ofensividade e pela falta de reprovabilidade, de modo a

impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Repetindo Zaffaroni, há de se considerar que 'a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa' (op. cit, p. 489). Essa constatação – de que a insignificância do resultado da ação não pode, por si só, afastar a tipicidade - se mostra evidente quando se considera que não passaram despercebidas ao legislador as hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas como fundamento, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade, cumpre, portanto, que se vá além da irrelevância penal a que se referiu o legislador. É indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de que se apure se o resultado dessa investigação ampliada é compatível ou não com a finalidade perseguida pelo ordenamento penal, ou, em outras palavras, se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não, quando examinado no seu contexto social, tem relevância penal. Parece certo concluir, à luz dessas premissas, que a relevância penal, em casos dessa natureza, comporta, sim, juízo sobre a contumácia da conduta do agente.

(...)

9. Cumpre ressaltar, finalmente, que a necessária relação entre princípio da insignificância e a tipicidade conglobante explica porque a aplicação desse princípio se mostra incompatível com certos delitos, mesmo em se tratando de delitos contra o patrimônio. Realmente, por menor que possa ter sido o resultado da lesão patrimonial imposta à vítima, a definição da insignificância não descarta a análise dos demais elementos da conduta do agente, como a violência e a grave ameaça, inegavelmente consideradas pelo legislador como atentatórias a outros bens jurídicos não patrimoniais a serem protegidos. É sabido, por exemplo, conforme atesta a doutrina penal (v.g.: BITTENCOURT, Cezar. Tratado de Direito Penal,

Parte Especial 3, Saraiva, 7ª edição, 2011), que no roubo e na extorsão, além do patrimônio público ou privado, tutela-se também a liberdade individual e a integridade física e saúde simultaneamente atingidos pela ação criminosa. No crime de dano, tutela-se o patrimônio alheio, mas também a utilidade de dispor, usar e gozar da coisa (id. ibid. p.201/202). O estelionato, delito aqui imputado ao paciente, é figura típica cuja objetividade jurídico-penal abrange não só a proteção do patrimônio material, mas em igual medida *'tutela-se tanto o interesse social, representado pela confiança recíproca que deve presidir os relacionamentos patrimoniais individuais e comerciais, quanto o interesse público de reprimir a fraude causadora do dano alheio'*, a significar, segundo a oportuna invocação da doutrina de Manzini, que *'o estelionatário é sempre um criminoso, mesmo que tenha fraudado em relações que, por si mesmas, não mereçam proteção jurídica, porque a ação é, em qualquer caso, moral e juridicamente ilícita'* (id. ibid. p. 267).

5. Disso tudo, pode-se constatar, num juízo de tipicidade conglobante, que envolve não apenas o resultado material da conduta, mas o seu significado social mais amplo, que certamente não há como, no caso concreto, reconhecer, pura e simplesmente, a atipicidade da conduta do agente. Nessa linha de compreensão, precedentes de ambas as Turmas:

(...) A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada, em casos de pequenos furtos, considerando não só o valor do bem subtraído, mas igualmente outros aspectos relevantes da conduta imputada. 2. **Não tem pertinência o princípio da insignificância em crime de furto qualificado cometido mediante rompimento de obstáculo.** Precedentes. 3. Ordem denegada. (HC 121760, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014)

(...) As peculiaridades do delito - **praticado mediante a destruição de obstáculo (rompimento de uma cerca)** e em concurso de agentes (5 corréus) -, demonstram significativa reprovabilidade do comportamento e relevante periculosidade da ação, fato este suficiente ao afastamento da incidência do princípio da insignificância. Ordem denegada. (HC 112378, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 17-09-2012 PUBLIC 18-09-2012).

6. Em conclusão, não há falar em constrangimento ilegal, uma vez que a resposta estatal revela-se proporcional e suficiente para reprovação da conduta imputada ao paciente, sobretudo se considerado que (a) o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reconheceu o pequeno valor do bem subtraído e, por conseguinte, aplicou a figura do “furto privilegiado” (CP, art. 155, § 2º); e (b) a pena privativa de liberdade aplicada (um ano de detenção) foi substituída por uma restritiva de direito, a saber: “prestação de serviços gratuitos à comunidade ou entidades públicas” (e-STJ, fl. 182, doc. 01).

7. Pelo exposto, denego a ordem. É o voto.