

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 198.437 SERGIPE

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
AGTE.(S) : CLEDILSON DA CONCEIÇÃO HORA
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO – VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de **agravo regimental** interposto por **Cledilson da Conceição Hora**, por intermédio da **Defensoria Pública da União (DPU)** (eDOC 14, p. 1-13) da **decisão** do ilustre Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, a qual **concedeu a presente ordem de *habeas corpus***, com fundamento no art. 192, *caput*, do RI/STF para **determinar que a sanção privativa de liberdade imposta ao paciente, ora agravante, fosse cumprida inicialmente em regime aberto** (eDOC 6, p. 1-6).

Preliminarmente, a **DPU** consignou o seguinte, **no presente agravo regimental**:

“(…)

O agravante, em primeira instância, foi condenado pela suposta prática de furto, tipificado no artigo 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e mais 15 (quinze) dias-multa, fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda. **Os bens sobre os quais incidiu a tentativa de subtração foram 04 (quatro) desodorantes e 2 (dois) aparelhos de barbear do tipo Prestobarba.**

Insatisfeita, a defesa interpôs apelação, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe negado provimento ao recurso, mantendo as disposições da sentença.

Ainda irresignada, a defesa interpôs recurso especial com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas ‘a’ e ‘c’, da

Constituição Federal, pugnando pela incidência do princípio da insignificância.

A presidência *a quo* inadmitiu e negou seguimento ao recurso especial em juízo de admissibilidade.

A defesa interpôs agravo em recurso especial.

No Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática, o recurso foi desprovido, levando o acusado a agravar da decisão. Contudo, a Quinta Turma da Corte Superior negou provimento ao agravo regimental.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, pleiteando o reconhecimento do crime de bagatela. Todavia, o pedido foi deferido apenas para determinar que o cumprimento da pena do paciente se desse em regime inicial aberto." (eDOC 1, p. 2-5; grifos originais)

Ademais, afirma que pleiteia, neste agravo regimental, **seja aplicado em favor do recorrente o princípio da insignificância**, conforme será aduzido a seguir:

a) *"o valor dos itens sobre os quais incidiu o furto simples é bastante singelo, bens que, frise-se, não saíram da esfera de vigilância da vítima, grande supermercado, com sistema organizado de segurança"* (eDOC 14, p. 3; grifos originais);

b) os bens sobre os quais incidiu a ação penal em apreço são de higiene pessoal;

c) as condenações pretéritas se referem a casos antigos, com mais de dez anos, pelo que não falar em contumácia delitiva, sendo ainda certo que o Supremo Tribunal Federal não vedou a aplicação do princípio da insignificância em caso de maus antecedentes;

d) *"Conforme consta da sentença acostada aos autos, o agravante foi acompanhado pelo sistema de segurança do supermercado (a denúncia deixa claro que ele foi abordado pelos seguranças do estabelecimento), o que demonstra que*

HC 198437 AGR / SE

sua conduta, além de irrisória, não tinha qualquer chance de êxito, configurando crime impossível” (eDOC 14, p. 10).

Ao final, a parte agravante pede o seguinte:

“(…) deve ser exercido o juízo de reconsideração ou provido o agravo para, ao final, conceder-se o *habeas corpus*, determinando-se a aplicação do princípio da insignificância, com conseqüente absolvição do agravante.” (eDOC 14, p. 12)

Iniciou-se o julgamento virtual perante a Segunda Turma na Sessão de 16 a 26.4.2021. O ilustre relator votou no sentido de negar provimento ao presente agravo regimental.

Peço vênia 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.

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,

HC 198437 AGR / SE

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. (D'AVILA, 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, estaremos 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

HC 198437 AGR / SE

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, juntamente com Sua Excelência o Ministro Celso de Mello, 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, equivocado 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-

HC 198437 AGR / SE

se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

É certo, todavia, que as Turmas do STF já se posicionaram no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada: HC 97.007/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 31.3.2011; HC 101.998/MG, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 22.3.2011; HC 103.359/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 6.8.2010 e HC 102.088/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 21.5.2010, dentre outros.

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.