

HABEAS CORPUS 123.533 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
PACTE.(S) : JÉSSICA TAIANE ALVES PEREIRA
COATOR(A/S)(ES) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa: PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO. REINCIDÊNCIA. QUALIFICAÇÃO PELO CONCURSO DE AGENTES.

1. A ausência de critérios claros quanto ao princípio da insignificância gera o risco de casuísmos, prejudica a uniformização da jurisprudência e agrava a já precária situação do sistema carcerário – que, de maneira geral, está superlotado e oferece condições degradantes.

2. O princípio da insignificância, em caso de furto, exclui a tipicidade material nas hipóteses em que não se identifique relevante desvalor da ação e/ou do resultado, embora a conduta seja formalmente típica.

3. A jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal tem afastado a incidência do princípio da insignificância nos casos de reincidência e de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º).

4. A circunstância de se tratar de réu reincidente ou de furto qualificado não deve, por si só, impedir a aplicação do princípio da insignificância, cujo afastamento deve ser objeto de motivação específica à luz das circunstâncias do caso (*e.g.*, número de reincidências, especial reprovabilidade decorrente de qualificadoras etc.).

5. De todo modo, a caracterização da reincidência múltipla, para fins de afastamento do princípio da insignificância, exige a ocorrência de trânsito em julgado de decisões condenatórias anteriores, que devem ser referentes a crimes da mesma espécie.

6. Mesmo quando se afaste a insignificância por força da reincidência ou da qualificação do furto, o encarceramento do agente, como regra, constituirá sanção desproporcional, por inadequada, excessiva e geradora de malefícios superiores aos benefícios.

7. Como consequência, deve ser fixado regime inicial aberto domiciliar, substituindo-se, como regra, a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo em se tratando de réu reincidente, admitida a regressão em caso de inobservância das condições impostas. Interpretação conforme a Constituição do Código Penal (arts. 33, § 2º, c; 44, II, III e § 3º) e da Lei de Execução Penal (art. 117).

8. No caso em exame, trata-se de tentativa de furto, qualificado por concurso de agentes, de dois sabonetes líquidos íntimos, avaliados em R\$ 48,00 (quarenta e oito reais), por réus reincidentes, sem que haja informação quanto a se tratar de reincidência múltipla e específica.

9. Ordem concedida de ofício para considerar atípica a conduta da paciente, com extensão dos efeitos ao corréu.

Cópia

HABEAS CORPUS 123.533 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO
PACTE.(S) : JÉSSICA TAIANE ALVES PEREIRA
COATOR(A/S)(ES) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

1. Trata-se de *habeas corpus* em favor de paciente acusada por tentativa de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º, IV, c/c art. 14, II) de dois sabonetes líquidos íntimos, avaliados em R\$ 48,00 (quarenta e oito reais).

2. Narra a denúncia:

“Consta do incluso inquérito policial que no dia 30 de setembro de 2010, por volta das 12h30min, na Rua Deputado Emilio Carlos, nº 1129, nesta Cidade [São Paulo/SP], **WELLINGTON AGUIAR** e **JESSICA TATIANE ALVES PEREIRA**, respectivamente qualificados às fls. 17 e 22, subtraíram para proveito comum, dois sabonetes líquidos íntimo, marca Dermacid, avaliados em R\$ 48,00 (*quarenta e oito reais*), conforme auto de exibição e apreensão de folhas 11, pertencente ao estabelecimento *Empório Carisma Ltda.*, representada por Yoshimitsu Chinen.

Conforme se apurou os indiciados após se ajustarem para a prática do furto, se dirigiram ao referido estabelecimento comercial.

Assim, a indiciada **JESSICA** subtraiu os frascos de sabonete líquido, colocando-os dentro da bolsa, ao passo que o comparsa **WELLINGTON** se posicionava em frente a ela comparsa para que a ação criminosa não fosse vista.

Os agentes saíram do estabelecimento na posse da *res furtiva*, porém foram abordados pelo representante do estabelecimento, que ao revistar a bolsa da indiciada, encontrou os objetos furtados, acionando então policiais militares que compareceram no local e efetuaram a prisão em flagrante. Os indiciados ostentam antecedentes criminais.” (sic – destaques no original)

3. Ambos os réus foram condenados por tentativa de furto, qualificado pelo concurso de agentes. Reconhecida na sentença a reincidência dos agentes, a pena para os dois denunciados foi fixada em um ano e dois meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e cinco dias-multa, sem substituição por pena restritiva de direitos. Determinou-se na sentença a expedição de mandados de prisão, porque os acusados, no gozo de liberdade provisória condicionada ao comparecimento a todos os atos do processo, teriam faltado à audiência de instrução.

4. Impetrado *habeas corpus* pela defesa no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a ordem foi denegada nos seguintes termos:

“HABEAS CORPUS - FURTO QUALIFICADO - CONCURSO DE AGENTES - SENTENÇA CONDENATÓRIA MOTIVADA - CONDOTA QUE POSSUI RAZOÁVEL GRAU DE INADEQUAÇÃO SOCIAL - INVIÁVEL A INCIDÊNCIA, NO CASO EM TELA, DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - PRESENÇA DOS PRESUPOSTOS LEGAIS DA PRISÃO PREVENTIVA - ORDEM DENEGADA.”

5. O mesmo Tribunal igualmente negou provimento à apelação da defesa. Destacam-se a ementa e trecho do voto do relator:

“APELAÇÃO - FURTO QUALIFICADO TENTADO - CONCURSO DE AGENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - INVIABILIDADE DA INCIDÊNCIA DO

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – DOSIMETRIA ADEQUADA - RECURSO IMPROVIDO.”

“Inviável, no caso em tela, a incidência do princípio da insignificância.

Pelo que verte dos autos, em que pese o reduzido valor da *res furtiva*, a conduta dos réus, consideradas as características do caso em tela, possui razoável grau de inadequação social.

Importa considerar, a propósito, que os acusados são reincidentes por crimes patrimoniais (fls. 76 e 82).

Ademais, a aplicação do princípio da insignificância, instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, não tem como pressuposto, tão somente, a baixa ofensividade da conduta dos agentes, pois, dessa forma, não se estaria, em determinadas situações, promovendo a necessária prevenção penal, mas discriminações e, por vezes, o incentivo da criminalidade, em particular, no âmbito dos crimes patrimoniais.

Importa considerar, ainda, que a importância do bem subtraído, avaliado em R\$ 48,00 (quarenta e oito reais), não poder ser tida como insignificante.

Portanto, a observância conjunta do princípio da adequação social da conduta, o que permite importante contextualização social das condutas dos acusados, é indispensável à identificação das hipóteses de aplicação do princípio em tela.”

6. A Corte de Justiça paulista também rejeitou os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento.

7. No STJ, foi negado seguimento ao recurso especial por decisão monocrática da Min. Laurita Vaz, assim ementada:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. REITERAÇÃO DA PRÁTICA DELITIVA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES.

RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.”

8. Contra esta decisão a defesa se insurge com o presente *habeas corpus*. Alega, em síntese, a aplicabilidade do princípio da insignificância, devido ao ínfimo valor do bem, sua restituição à vítima e à irrelevância de circunstâncias subjetivas, conforme julgados desta Corte.

9. Em decisão monocrática, deferi medida liminar para suspender os efeitos da condenação até o julgamento de mérito.

10. O Ministério Público Federal, por meio da eminente Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, ofereceu parecer com a seguinte ementa:

“PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. MANDAMUS QUE SE VOLTA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. INADMISSIBILIDADE DE HC SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. MÉRITO. IMPROCEDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DO BEM. INAPLICABILIDADE. OUTROS ELEMENTOS A SEREM SOPESADOS. PACIENTE CONTUMAZ NA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. REITERAÇÃO CRIMINOSA QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS E, SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.”

11. **É o relatório.**

HABEAS CORPUS 123.533 SÃO PAULO

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

I – INTRODUÇÃO

1. O caso é mais um entre muitos que têm chegado a este Tribunal com o objetivo de discutir a aplicação do chamado “princípio da insignificância”. Apesar do volume, o tema não teve repercussão geral reconhecida pela Corte, por seis votos contra dois (e três abstenções), tendo a maioria entendido que a questão envolveria ofensa constitucional meramente reflexa ou indireta (AI 747.522, Rel. Min. Cezar Peluso).

2. Nada obstante, em razão da quantidade de casos que esta Corte vem apreciando sobre o assunto pela via do *habeas corpus*, e, ainda, considerando a importância do papel do STF no oferecimento de parâmetros para uma jurisprudência uniforme, decidi estudar a matéria mais detidamente e elaborar algumas reflexões. O objetivo é singelo: não formular grandes inovações teóricas, mas organizar as ideias e propor aperfeiçoamentos, tomando como referencial o estágio atual da doutrina e da jurisprudência da Corte. Limito-me, por ora, a apontamentos gerais sobre o princípio da insignificância e sua aplicação ao crime de furto.

3. Uma das circunstâncias inerentes ao ofício jurisdicional é a apreciação de casos em que a solução prevista em lei levaria a resultados manifestamente injustos. Há situações que, embora enquadráveis no relato geral de um enunciado normativo, não parecem merecer as consequências concebidas pelo legislador, aplicáveis a partir de um raciocínio meramente silogístico. Daí a necessária mediação do intérprete, a fim de calibrar eventuais excessos e produzir no caso concreto a solução mais harmônica com o sistema jurídico. Assim já escrevi sobre o tema:

“A interpretação tradicional punha ênfase quase integral no sistema jurídico, na *norma* jurídica que deveria ser

interpretada e aplicada ao caso concreto. Nela estaria contida, em caráter geral e abstrato, a prescrição que deveria reger a hipótese. O *problema*, por sua vez, deveria oferecer os elementos fáticos sobre os quais incidiria a norma, o material que nela se subsumiria. E o *intérprete*, por fim, desempenharia a função técnica de identificar a norma aplicável, de revelar o seu sentido e fazê-la incidir sobre os fatos do caso levado a sua apreciação. Nesse ambiente, que se pode identificar como liberal-positivista, acreditava-se piamente na objetividade da atividade interpretativa e na neutralidade do intérprete. Para bem e para mal, a vida não é assim.

Na interpretação constitucional contemporânea, a *norma* jurídica já não é percebida como antes. Em primeiro lugar porque, em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido. É o que resulta da utilização, frequente nos textos constitucionais, da técnica legislativa que recorre a cláusulas gerais (v. *infra*). E, em segundo lugar, porque vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo – que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos –, sendo, na verdade, o produto da interação texto/realidade. Nessa visão, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizada.

Nesse cenário, o *problema* deixa de ser apenas o conjunto de fatos sobre o qual irá incidir a norma, para se transformar no fornecedor de parte dos elementos que irão produzir o Direito. Em múltiplas situações, não será possível construir qualquer solução jurídica sem nela integrar o problema a ser resolvido e testar os sentidos e resultados possíveis. Esse modo de lidar com o Direito é mais típico dos países da tradição do *common law*, onde o raciocínio jurídico é estruturado a partir dos fatos, indutivamente, e não a partir da norma, dedutivamente. No entanto, em países da família romano-germânica, essa perspectiva recebeu o impulso da Tópica, cuja aplicação ao Direito beneficiou-se da obra seminal de Theodor Viehweg, e de

seu método de formulação da solução juridicamente adequada a partir do problema concreto (*v. supra*). Embora não tenha sido vitoriosa como método autônomo, a Tópica contribuiu de maneira decisiva para a percepção de que fato e realidade são elementos decisivos para a atribuição de sentido à norma, mitigando o poder da norma abstrata e o apego exagerado a uma visão sistemática do Direito.

Por fim, a dogmática contemporânea já não aceita o modelo importado do positivismo científico de separação absoluta entre sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado. O papel do *intérprete* não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Como consequência inevitável, sua pré-compreensão do mundo – seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente – irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões. Registre-se que juízes e tribunais são intérpretes finais da Constituição e das leis, mas não são os únicos. Boa parte da interpretação e aplicação do Direito é feita, fora de situações contenciosas, por cidadãos ou por órgãos estatais.” (*Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2013, p. 331-333)

4. O debate geral sobre o papel da norma, do problema e do intérprete encontra no princípio da insignificância uma de suas possíveis projeções no direito penal. Cuida-se de discutir, em síntese, se os fatos concretamente apurados, embora formalmente enquadráveis em um tipo penal, são graves a ponto de justificar uma sanção criminal ao agente.

5. Coerentemente com as premissas acima enunciadas, passo a expor, na qualidade de intérprete e de forma sumária, minha pré-compreensão sobre o cenário por trás do tema, o mais fielmente possível

às convicções que pude elaborar conscientemente até o momento.

II – PRÉ-COMPREENSÃO SOBRE O DIREITO PENAL BRASILEIRO, O CRIME DE FURTO E O SISTEMA CARCERÁRIO

6. O direito penal deve ser moderado e sério: sem excesso de tipificações, que geralmente importam em criminalização da pobreza, e sem exacerbação de penas, que apenas superlotam presídios degradados. Na clássica, mas ainda atual lição de Cesare Beccaria: “A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade” (*Dos delitos e das penas*, 1764).

7. Assim, respeitado o direito de defesa, se a punição se impuser, ela deve ser aplicada. O direito penal desempenha idealmente uma função social importante de prevenção geral. Seu papel é – ou deveria ser – menos retributivo e mais o de desestimular novos atos criminosos. Na prática, porém, isto não ocorre. Em 2011, o Min. Cezar Peluso, então Presidente do STF e do CNJ, disse que 7 em cada 10 presos voltam ao crime: uma das maiores taxas de reincidência do mundo¹.

1 Notícia disponível em <<http://www.valor.com.br/legislacao/998962/indice-de-reincidencia-criminal-no-pais-e-de-70-diz-peluso>>, acesso em 08.12.2014. A doutrina alerta: “Os altos índices de reincidência têm sido, historicamente, invocados como um dos fatores principais da comprovação do efetivo fracasso da pena privativa de liberdade, a despeito da *presunção* de que, durante a reclusão, os internos são submetidos a um *tratamento ressocializador*. As estatísticas de diferentes países, dos mais variados parâmetros políticos, econômicos e culturais, são pouco animadoras, e, embora os países latino-americanos não apresentem índices estatísticos confiáveis (quando não, inexistentes), é este um dos fatores que dificultam a realização de uma verdadeira *política criminal*. Apesar da deficiência dos dados estatísticos é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue *reabilitar ninguém*, ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado. A prisão exerce, não se pode negar, forte influência no fracasso do *tratamento* do recluso. (...) Com efeito, os resultados obtidos com a aplicação da pena

8. O problema pode ser explicado a partir das deficiências estruturais do sistema penal brasileiro, especialmente na sua porta de entrada, que é a investigação policial, e na porta de saída, onde se situa a execução penal e o sistema penitenciário em geral. Entre esses dois extremos encontram-se o Ministério Público e o Poder Judiciário, que conseguiram se organizar relativamente bem sob a Constituição de 1988. A atividade policial, no entanto, é vista como algo menor do que as funções de acusar e julgar. Isso se reflete numa Polícia mal paga, mal equipada, sem capacidade de investigação e vizinha de porta da criminalidade: um cenário propício a episódios de violência e corrupção, cujas vítimas se concentram nas camadas socialmente menos favorecidas.

9. Na outra ponta há o sistema carcerário, que é um capítulo à parte. A situação é tão calamitosa que os juízes, no geral, apegam-se a qualquer formulação razoavelmente aceitável que impeça enviar alguém para o sistema penitenciário, sobretudo nas hipóteses de crimes não violentos. A razão evidente é de que mandar uma pessoa para o sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, notadamente devido ao grave problema

privativa de liberdade são, sob todos os aspectos, desalentadores. A prisão, em vez de conter a delinquência, tem-lhe servido de estímulo, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda a sorte de vícios e degradações. A literatura especializada é rica em exemplos dos *efeitos criminógenos* da prisão. Enfim, a maioria dos fatores que domina a vida carcerária imprime a esta um caráter criminógeno, de sorte que, em qualquer prisão clássica, as condições materiais e humanas podem exercer efeitos nefastos na personalidade dos reclusos. Mas, apesar dessas considerações altamente criminógenas das prisões clássicas, tem-se procurado, ao longo do tempo, atribuir ao condenado, exclusivamente, a *culpa pela eventual reincidência*, ignorando-se que é impossível alguém ingressar no sistema penitenciário e não sair de lá pior do que entrou. (...) Inegavelmente, superpopulação e periculosidade são dois fatores importantíssimos no aumento da taxa de reincidência. (...) Na verdade, *o condenado encarcerado é o menos culpado pela recaída na prática criminosa*" (Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, parte geral 1, 2014, p. 597-599 - dest. no orig.).

da superlotação.

10. Nesse sentido, estudo do Conselho Nacional de Justiça, coordenado pelo Conselheiro Guilherme Calmon, divulgado no início do mês de junho deste ano, atualizou os números da dura realidade do sistema prisional. Existem atualmente no Brasil 567.655 presos, em um sistema que só tem capacidade para 357.219. O *déficit*, portanto, chega a 210.436 vagas. O número se torna ainda mais impressionante se complementados com duas outras estatísticas: **(i)** existem 147.937 pessoas em prisão domiciliar, por falta de vagas no sistema aberto; e **(ii)** há 373.991 mandados de prisão aguardando cumprimento. Mesmo com todas essas pessoas fora do sistema, o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. Se forem computados os presos domiciliares, subimos para a terceira posição. Existe um certo paradoxo nesse cenário. A população tem uma sensação difusa de impunidade. Ainda assim, o país pune muito, com estatísticas de encarceramento crescentes. Prende muito e prende mal, segundo consenso de todos os especialistas.

11. Em qualquer regime republicano, o direito penal deve ter caráter igualitário, e não servir de instrumento de reforço das desigualdades. Porém, as deficiências acima apontadas fazem com que o sistema penal brasileiro seja extremamente seletivo em relação à sua clientela preferencial. É por essa razão que, no Brasil de hoje, é mais fácil prender um jovem de 18 anos que porta 100 gramas de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

12. As estatísticas comprovam que tais afirmações são algo mais do que uma simples pré-compreensão. Segundo relatório do Departamento Penitenciário Nacional², em 12.2012 havia um total de

2 Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>, acesso em 18.07.2014.

548.003 presos, dos quais cerca de 35,5% (195.036) eram provisórios. O nível de escolaridade de quase 60% deles (323.344) não passa do ensino fundamental incompleto, sendo que aproximadamente 5% (27.813) são analfabetos e outros 11,7% (64.102) são apenas alfabetizados. A maioria dos presos é de negros ou pardos (294.999, ou 53,8%). Quase metade dessas pessoas (267.975, ou 49%) está no sistema prisional por crimes contra o patrimônio, sendo cerca de 14% por furto: 7% (38.027) por furto simples e outros 7% (39.846) por furto qualificado (CP, art. 155, §§ 4º e 5º).

13. O furto, como se sabe, consiste na subtração de coisa alheia móvel (CP, art. 155), sem violência ou grave ameaça. Embora o bem jurídico protegido seja o patrimônio, a respectiva ação penal é pública incondicionada, o que reflete a ênfase do legislador de 1940 na repressão a crimes patrimoniais. A pena é de um a quatro anos de reclusão e multa.

14. Passados quase 75 anos, está em análise um Anteprojeto de Código Penal elaborado por uma Comissão de Juristas presidida pelo Min. Gilson Dipp, do STJ, recentemente aposentado, que propôs a “descarceirização do furto”:

“A descarceirização do furto. Tido como um dos crimes que mais encarcera em nosso país (ainda que por conta de reincidentes) o furto mereceu da Comissão de Reforma a adoção de mecanismos que evitam a pena de prisão, exceto nas variações de maior gravidade. A pena foi reduzida para o intervalo de seis meses a três anos e permitiu-se a aplicação exclusiva de multa, se o agente for primário e a coisa furtada tiver pequeno valor. Além disso, se oferece a possibilidade de extinção da punibilidade no furto simples ou com aumento de pena, se houver a reparação do dano, aceita pela vítima. A ação penal será, nestes casos, sujeita à representação. (...)”³.

3 Eis a redação proposta para o tipo, no que aqui interessa: “**Furto** – Art 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – Prisão, de 6 meses a 3 anos. (...) § 3º No caso do caput e dos parágrafos anteriores: I – se o agente é primário e for de pequeno valor a coisa subtraída, o juiz aplicará somente a pena de multa; II – se houver reparação do dano

15. Além disso, a Comissão propôs a previsão expressa do princípio da insignificância: “Art. 28, § 1º. Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; c) inexpressividade da lesão jurídica provocada.”

16. O texto não foi integralmente aprovado pela Comissão de Senadores que analisou o Projeto de Lei em 17.12.2013⁴. Manteve, porém, a previsão expressa do princípio da insignificância⁵ e a representação para a ação penal no crime de furto⁶. Enquanto o projeto não é convertido

pelo agente, aceita pela vítima, até a sentença de primeiro grau, a punibilidade será extinta; III – somente se procederá mediante representação.” Texto disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>, acesso em 08.12.2014.

4 Texto disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>>, acesso em 08.12.2014.

5 Porém, o projeto veda a aplicação do princípio em casos de reiteração delitiva, com base na atual jurisprudência do STF. Eis a redação aprovada: “**Insignificância penal** - Art. 26. Não há crime quando cumulativamente se verificarem, no caso concreto, e sendo possível o seu reconhecimento, as seguintes condições: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; c) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Parágrafo único. É vedado o reconhecimento da insignificância penal quando o agente for reincidente, possuir maus antecedentes ou habitualidade delitiva.”

6 Eis as considerações dos Senadores sobre o Anteprojeto da Comissão de Juristas: “Em primeiro lugar, não concordamos com a redução das penas para o delito de furto. Atualmente, as penas são de 1 a 4 anos (além da multa), que permite a qualificação da conduta como crime de menor potencial ofensivo no que se refere à possibilidade suspensão do processo. A proposta da Comissão de Juristas traz pena de prisão de 6 meses a 3 anos. Furto é um crime de massa no Brasil. Mais de 50% das pessoas presas em nosso sistema penitenciário, segundo dados do Infopen, foram condenadas por furto ou roubo. A proposta do Projeto, além de gerar uma desproteção ao bem jurídico, acabará sendo aplicada de forma retroativa (porque mais benéfica), gerando prescrição (leia-se impunidade) em milhares de casos, além de saídas em massa dos estabelecimentos penais. Convém manter a pena no patamar atual.” Eis a redação aprovada em 17.12.2013, na parte que interessa: “**Furto** – Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – prisão, de um a quatro anos.

em lei⁷, porém, é preciso continuar a trabalhar com as normas vigentes.

17. Em matéria de insignificância, como tudo o que envolve o sistema penal brasileiro, a seletividade também está presente. Nesse sentido, qualquer observador da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode confirmar que o furto de um par de chinelos, de dois frascos de sabonete íntimo ou de alguns bombons, todos avaliados em menos de R\$ 50,00 (cinquenta reais), justifica a prisão do acusado, em

(...) § 3º No caso do caput e dos parágrafos anteriores: I – se o agente é primário e for de pequeno valor a coisa subtraída, o juiz aplicará somente a pena de multa; II – se houver reparação do dano pelo agente, aceita pela vítima, até o oferecimento da denúncia, o juiz poderá reduzir a pena até a metade; III – somente se procederá mediante representação.”

7 Desde 04.12.2014, o projeto (PLS nº 236/2012) encontra-se “pronto para a pauta” na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal (v. tramitação em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>, acesso em 08.12.2014). O relatório do Senador Vital do Rêgo sugere a redução a pena do furto simples (prisão de seis meses a dois anos), mantém a necessidade de representação da vítima e permite o reconhecimento da insignificância mesmo em casos de reincidência. Afirma expressamente que o princípio “torna a conduta materialmente atípica” e manifesta preocupação em “evitar o encarceramento do agente que comete dois delitos insignificantes, sem, contudo, banalizar a aplicação do instituto.” Eis a redação proposta para os dispositivos: “**Insignificância penal - Art. 25.** A conduta não constituirá fato típico quando cumulativamente se verificarem, no caso concreto, e sendo possível o seu reconhecimento, as seguintes condições: I - mínima ofensividade da conduta do agente; II - reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; III - inexpressividade da lesão jurídica provocada. Parágrafo único. No caso de reincidência ou de habitualidade delitiva, o juiz avaliará a possibilidade de reconhecimento da insignificância penal. (...) **Furto - Art. 155.** Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – prisão, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º Equipara-se a coisa móvel o documento de identificação pessoal, a energia elétrica, a água ou gás canalizados. § 2º Nas mesmas penas incorre quem utiliza de artifício para a captação de sinal de comunicação audiovisual de acesso condicionado, de internet ou assemelhado, que tenha valor econômico, sem a devida contraprestação financeira. **Furto qualificado** § 3º A pena é de prisão, de dois a seis anos, e multa, se o crime é cometido: I – com abuso de confiança ou mediante fraude; II – com invasão de domicílio; III – mediante destreza; IV – mediante o concurso de duas ou mais pessoas; ou V – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa. § 4º A pena será de dois a oito anos se a subtração: I – for de

regime inicial no mínimo semiaberto, caso se trate de reincidente. No entanto, se uma pessoa comete descaminho por duas vezes, sonegando R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em tributos na primeira oportunidade e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) na segunda, o sistema penal não é acionado, por não ter sido excedido o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

18. Em conclusão deste tópico, é fora de dúvida que o sistema punitivo no Brasil não realiza adequadamente qualquer das funções próprias da pena criminal: não previne, não ressocializa, nem prevê retribuição na medida certa. A despeito disso, toda sociedade democrática precisa de uma dose inevitável e proporcional de repressão penal e punição, como pressuposto da vida civilizada e da proteção dos direitos humanos de todos. É imperativo, portanto, encontrar um ponto de equilíbrio. Neste cenário, a jurisprudência não pode ignorar a realidade, como se estivéssemos na Suécia, onde alguns presídios estão sendo fechados por falta de população carcerária. De fato, sem descuidar dos deveres de proteção que o Estado tem para com a sociedade, as instituições e as pessoas, juízes e tribunais devem prestigiar os entendimentos razoáveis que não sobrecarreguem ainda mais o sistema, nem tampouco imponham aos apenados situações mais gravosas do que as que decorrem da lei e das condenações que sofreram. A Justiça, aqui, envolve a ponderação entre os deveres de proteção da sociedade e o respeito aos direitos fundamentais dos condenados, temperada com uma dose de pragmatismo e de senso de realidade.

coisa pública; II – ocorrer em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou calamidade pública; ou III – for de veículo automotor com a finalidade de conduzi-lo ou transportá-lo para outro Município, Estado ou para o exterior. § 5º No caso do caput e dos parágrafos anteriores: I – se o agente é primário e for de pequeno valor a coisa subtraída, o juiz aplicará somente a pena de multa; II – se houver reparação do dano pelo agente, aceita pela vítima, até o oferecimento da denúncia, o juiz poderá reduzir a pena até a metade; III – somente se procederá mediante representação. **Furto com uso de explosivo** § 6º Se houver emprego de explosivo ou outro meio que cause perigo comum, a pena será de quatro a dez anos, sem prejuízo da punição pelo crime de dano.”

19. À luz dessas premissas e desse contexto, passo a analisar mais especificamente o princípio da insignificância⁸.

III – PANORAMA DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

20. Como já referido, o princípio da insignificância tem assumido uma importância crescente na jurisprudência do Tribunal. Segundo levantamento da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, elaborado em 2011, somente 3 (três) casos no STF versaram sobre o princípio da insignificância em crimes patrimoniais de 2005 (data inicial da pesquisa) até 2006. Porém, de 2006 a 2009 (data-limite da pesquisa), o número já havia subido para 72 (setenta e dois)⁹. Ao que tudo indica, continua havendo uma tendência de crescimento exponencial: para demonstrá-lo, embora sem o mesmo rigor científico da pesquisa citada acima, basta a constatação de que uma simples busca no repositório de jurisprudência do Tribunal, disponível na internet, aponta que há atualmente mais de 600 (seiscentos) acórdãos sobre o tema, sendo que quase metade das decisões refere-se ao crime de furto¹⁰.

8 A propósito: Pierpaolo Cruz Bottini, *A confusa exegese do princípio da insignificância*, in: Temas relevantes de direito penal e processual penal, Luiz Rascovski (coord.), 2012, p. 241/242: “O princípio da insignificância foi adotado pela doutrina há algum tempo, assentando suas bases justamente na falta de *desvalor normativo de resultado*. Ainda que tal revalidação do *desvalor do resultado* ofereça, no entanto, instrumentos dogmáticos para a construção do princípio da insignificância, e possibilite sua construção a partir da teoria do bem jurídico, sua aplicação jurisprudencial recente no Brasil não parece ter lastro em uma reflexão dogmática sobre os contornos da tipicidade material, mas se escora em razões distintas e mais pragmáticas: a crise de superlotação penitenciária e uma demanda político-criminal de evitar o encarceramento de pessoas que praticaram delitos patrimoniais de pequena monta, em face dos efeitos prejudiciais oriundos desse período de privação de liberdade, em especial a contribuição do ambiente carcerário para a marginalização do detento e seu direcionamento para a prática de delitos mais graves” (destaques no original).

9 Diagnósticos – O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, 2011, p. 11 (Pierpaolo Cruz Bottini e Maria Tereza Sadek – coordenadores).

10 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, acesso

21. Julgado em 06.12.1988, o RHC 66.869, Rel. Min. Aldir Passarinho, é apontado como sendo o primeiro caso em que o STF reconheceu o princípio da insignificância (lesão corporal em acidente de trânsito). Apesar disso, é possível encontrar antecedentes ainda mais remotos, em que a irrelevância penal dos fatos em questão foi utilizada como argumento para a concessão de ordens de *habeas corpus*. No único acórdão do Plenário sobre o tema (HC 39.289, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 08.08.1962), discutiu-se o furto de “sete metros de pano cru”, tendo sido a ordem concedida por ausência de dolo. Em casos julgados em 09.03.1970 (RHC 47.694, Rel. Min. Thompson Flores) e 15.12.1970 (HC 48.370, Rel. Min. Djaci Falcão), os pacientes foram beneficiados por decisões que reconheceram a atipicidade do porte de pequenas quantidades de maconha para consumo pessoal, uma vez que as condutas ocorreram antes do advento do Decreto-Lei nº 385/1968.

22. Seguiram-se outros precedentes, mas o julgado apontado como verdadeiro marco da jurisprudência do STF na matéria é o HC 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.10.2004, no qual foram expostos de forma analítica os fundamentos e os vetores para a aplicação do princípio da insignificância. O acusado, no caso em questão, foi processado por furtar uma fita de vídeo-game, avaliada em R\$ 25,00 (vinte e cinco reais). Por sua importância, transcrevo a ementa do referido acórdão:

“PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – DELITO DE FURTO –

em 08.12.2014. Pesquisa feita na base “acórdãos”, e utilizando como termos de busca “insignific\$ ou bagatel\$”, o que retornou 621 resultados. Ao se acrescentar o termo “furto”, obtêm-se 296 resultados: destes, todos os acórdãos foram proferidos pelas Turmas, com exceção de um do Plenário (HC 39.289, j. 08.08.1962, referido logo a seguir).

CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE – ‘RES FURTIVA’ NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOUTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – PEDIDO DEFERIDO.

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 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.” (destaques no original)

23. Assim, foram assentadas algumas premissas importantes: **(i)** a insignificância baseia-se nos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do direito penal; **(ii)** a insignificância exclui a tipicidade material; e **(iii)** para o reconhecimento da insignificância devem ser observados 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 provocada¹¹.

24. Este precedente foi e continua sendo citado em inúmeros outros julgados que lhe sobrevieram. Nada obstante isso, diante da multiplicidade de casos que continuaram chegando ao Tribunal, e sem que tenha havido um rompimento expresso com essa orientação, a Corte atualmente tem exigido outros requisitos para o reconhecimento da insignificância, muitos dos quais incompatíveis com as premissas acima. Além disso, o caráter aberto dos vetores supratranscritos não impede que situações relativamente idênticas sejam julgadas de forma diametralmente oposta, apesar da invocação dos mesmos parâmetros¹².

11 O Min. Ayres Britto também formulou parâmetros para a aplicação do princípio da insignificância (*e.g.*, HC 107.082), que podem ser assim sintetizados: (a) vulnerabilidade social do agente; (b) irrelevância da lesão para a vítima; (c) amadorismo na execução do delito, desde que sem violência ou grave ameaça; (d) desproporcionalidade da pena; e (e) existência de conteúdo econômico quanto ao objeto do crime. Sem embargo da pertinência desses requisitos e da indiscutível qualidade de seu proponente, a aplicação cumulativa de tais parâmetros pode produzir resultados insatisfatórios, ao retirar do alcance do princípio da insignificância situações que devem ser por ele abrangidas, como se verá mais à frente.

12 “Nota-se que são critérios pouco precisos, vagos, abrangentes, que buscam abrigar toda uma gama de casos concretos heterogêneos, seja quanto ao bem protegido, seja quanto ao modo de agir. A ausência de parâmetros mais definidos resultou na aplicação díspar do

25. Quanto ao furto, a jurisprudência recente do STF, de forma geral, tem exigido que: **(i)** o agente não seja reincidente ou contumaz na prática da conduta; e **(ii)** não se trate de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º).

26. Assim, parece conveniente revisitar as bases teóricas do princípio da insignificância, para refletir sobre a pertinência dos critérios atualmente exigidos pela Corte e, se for o caso, propor alternativas.

IV – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: BASES TEÓRICAS

27. A concepção teórica do princípio da insignificância é atribuída a Claus Roxin¹³, que utilizou tal terminologia

princípio, que ora se alarga, ora se comprime, em uma sequência aleatória de decisões que reflete a dificuldade de trabalhar com um instituto ainda em construção. Uma primeira dificuldade é a aferição do *valor da insignificância*. Os critérios são distintos para cada Tribunal e para cada Ministro. Esboçou-se um critério para distinguir bens de *ínfimo valor* – aos quais seria aplicada a *insignificância* –, [de] bens de *pequeno valor* – aos quais seria aplicada a redução de pena do § 2º do art. 155 do Código Penal; no entanto, esses parâmetros não consolidaram uma pauta segura para a aplicação do princípio. Ora se reconhece a atipicidade de furto de valores como R\$ 75,00, de R\$ 20,00, de R\$ 96,33, de R\$ 220,00, ora se reconhece a incidência da norma penal em furtos de celular no valor de R\$ 35,00 ou de gomas de mascar no valor de R\$ 98,00, sem que haja distinção fática apta a justificar as diferentes decisões” (Pierpaolo Cruz Bottini, *A confusa exegese do princípio da insignificância*, in: Temas relevantes de direito penal e processual penal, Luiz Rascovski-coord., 2012, p. 245).

13 Há menção de que Welzel teria sido o primeiro autor a tratar da insignificância depois da II Guerra Mundial, mesclando-o, porém, à ideia de adequação social. Apesar da proximidade, os conceitos não se confundem: “O critério da insignificância está muito próximo ao da adequação social, mas são inconfundíveis: ‘Ainda que alguns autores o incluam naquele, pode-se distinguir do mesmo porque não supõe a total aprovação social da conduta, senão somente, uma relativa tolerância da mesma pela sua escassa gravidade. É o que acontece nas ofensas esportivas cometidas contra o regulamento, mas que se enquadram dentro do ‘normal’ no jogo (rasteiras, alguns chutes etc.)’. Por outro lado, a adequação social está principalmente regulada pelo desvalor da ação, enquanto que a insignificância se centra

(*Geringfügigkeitprinzip*) pela primeira vez em 1964. O autor, lembrando a máxima romana *de minimis non curat praetor*¹⁴, invocou o princípio como forma de defender uma maior interpenetração entre o direito penal e a política criminal. Disse o penalista germânico em texto posterior:

“Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinoso no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por ‘violência’ não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser ‘sensível’, para adentrar no marco da criminalidade. Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir desses princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país.”¹⁵

28. Em direito comparado, há sistemas que tratam a insignificância no âmbito do direito processual, facultando-se ao *Parquet*, com anuência do juiz, deixar de propor a ação. Outros descriminalizaram

predominantemente no desvalor do resultado” (Luiz Flávio Gomes, *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*, 2013, p. 27 e 93).

14 Em tradução livre: “o juiz não cuida de coisas pequenas”. Oportuna, a propósito, a observação de Yuri Corrêa da Luz: “Se, por um lado, essa ideia geral merece ser reconhecida como origem remota do princípio da insignificância, por outro não devemos acreditar que nossa forma de concebê-lo atualmente em Direito penal derive diretamente da máxima latina. Pelo contrário, parece necessário notar que essa noção não porta, hoje, o mesmo significado de outrora. Em Roma, o que os juristas reconheciam era ‘o qualitativo do mínimo, afirmando sua consequente irrelevância para o Direito, mas apenas em seu sentido geral’ (Guzmán Dalbora, 1996, p. 59). Tratava-se, em outras palavras, de uma máxima genérica, a orientar a inteireza da atividade do pretor, e não de um princípio norteador próprio da aplicação do Direito penal” (*Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática*, Revista Direito GV São Paulo nº 15, 2012, p. 204/205).

15 Claus Roxin, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, 2000 (trad. Luís Greco), p. 47/48.

condutas, colocando-as sob tutela do direito administrativo¹⁶. Tais soluções, porém, só poderiam ser adotadas no Brasil *de lege ferenda*, inclusive devido à rígida indisponibilidade da ação penal (CPP, art. 42).

29. Ao cuidar do problema no âmbito do direito penal material, vários autores defendem que o juízo de tipicidade objetiva deve ser dividido em duas etapas: **(i)** uma formal, na qual se realiza uma subsunção entre a previsão abstrata do tipo e a conduta concretamente apurada; e **(ii)** outra material, na qual se verifica se houve ou não afetação substancial do bem jurídico protegido. Confira-se, exemplificativamente:

“(...) não se deve pensar que, quando uma conduta se adequa formalmente a uma descrição típica, só por esta circunstância é penalmente típica. Que uma conduta seja típica não significa necessariamente que seja antinormativa, isto é, que esteja *proibida* pela norma (pelo ‘não matarás’, ‘não furtarás’ etc.). 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

16 Carlos Vico Mañas, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*, 1994, p. 69/70: “Por todos esses motivos, a descriminalização constitui, atualmente, importante meta de reforma do sistema penal em muitos países. O principal caminho tem sido converter a criminalidade de bagatela em infrações administrativas, puníveis apenas com multas de caráter disciplinar. Na Alemanha, por exemplo, todo direito penal de escassa importância e que não tenha sido derogado foi convertido em direito administrativo. O novo ordenamento, como era de se esperar, comprovou a sua eficácia: a prevenção geral restou suficientemente assegurada mediante a imposição de multas, e ao infrator são mostrados claramente quais são os limites de sua liberdade. Ademais, a justiça criminal é desafogada, e o processo administrativo corre de forma mais fluente e menos burocrática. Mantêm sistemas semelhantes a Itália e a Suíça. O Japão, já em 1948, adotou medidas parecidas, embora prevendo penas pecuniárias de caráter criminal. Alguns sistemas permitem que o Judiciário suspenda a decisão sobre a imposição da pena, com a finalidade de dar ao acusado a oportunidade de reparar o dano causado. É o que ocorre na Alemanha, França, Inglaterra e Canadá. Atendida a exigência, não há aplicação de sanção criminal.”

bem jurídico tutelado. (...) A tipicidade penal requer que a conduta, além de enquadrar-se no tipo legal, viole a norma e afete o bem jurídico.”¹⁷

“A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de *princípio de bagatela*, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.”¹⁸

30. A tese é amplamente aceita atualmente, devido à admissão generalizada da premissa segundo a qual a utilização do direito penal, em razão da natureza drástica de suas consequências, somente se justifica como último recurso para a proteção de bens jurídicos, isto é, de valores com alta relevância para a sociedade¹⁹. Partindo desse ponto de vista, fica

17 Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro*, vol. 1 – parte geral, 2007, p. 394/395. O parágrafo que antecede a citação é uma simplificação do pensamento desses autores, segundo o qual o juízo de tipicidade penal passa pelas seguintes etapas: (i) adequação formal a uma descrição típica (*tipicidade legal*); (ii) verificação do alcance da norma que deu origem ao tipo legal e da afetação do bem jurídico (*antinormatividade*). De acordo com os autores, se a conduta é ordenada ou fomentada por outra norma, não pode ser considerada penalmente típica, pois o Direito não pode proibir e ordenar ou fomentar uma mesma conduta simultaneamente. Por essa razão, o *alcance proibitivo da norma* não pode ser determinado a partir de sua interpretação isolada, mas sim *conglobada* na ordem jurídica: daí a expressão *tipicidade conglobante*. Para os autores, portanto, a *tipicidade penal* resulta da conjugação entre a *tipicidade legal* e a *conglobante* (p. 395/396).

18 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, parte geral 1, 2014, p. 60.

19 Trata-se de uma definição simplificada do conceito de bem jurídico. Sobre o tema, v. Nilo Batista, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2011, p. 92-94.

nítida a relação entre o *princípio da insignificância* e os conceitos de *tipicidade material* e *bem jurídico*: somente são materialmente típicas as condutas que afetem substancialmente os bens jurídicos protegidos; as demais são penalmente (embora não juridicamente) insignificantes²⁰.

31. Assim, a doutrina costuma apontar, como fundamentos do princípio da insignificância, alguns postulados desenvolvidos no âmbito do direito penal e relacionados entre si, tais como os princípios **(i)** da *intervenção mínima* (o direito penal só deve ser utilizado como *ultima ratio*); **(ii)** da *fragmentariedade* (o direito penal é um “*sistema descontínuo de ilicitudes*”, que somente se destina a proteger determinadas ofensas a certos bens jurídicos, sendo vedada a analogia para preencher lacunas sob o pretexto de resguardá-los); **(iii)** da *subsidiariedade* (só se deve lançar mão do direito penal caso outros ramos do direito não sejam capazes de oferecer uma resposta satisfatória); e **(iv)** da *lesividade* (não há crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico pertencente a outrem)²¹.

32. Todos esses fundamentos são reconduzíveis ao princípio constitucional da razoabilidade ou proporcionalidade²², em seus três

20 É amplamente majoritária a tese de que a insignificância exclui a tipicidade, não a antijuridicidade ou a culpabilidade: “Em primeiro lugar, porque uma formulação assim concebida, por tratar exclusivamente da significância como qualidade própria da *conduta* ilícita, evita que esta dependa excessivamente de critérios pessoais de seu autor (problema esse verificável na concepção que trata esse princípio no âmbito da culpabilidade). Em segundo lugar, porque tratar a insignificância como causa de exclusão de tipicidade evita ainda que submetamos excessivamente sua aplicação aos requisitos constitutivos das causas de justificação, bem como mantém intacta a distinção entre irrelevância *penal* e irrelevância *jurídica* da conduta. Compreender o princípio da insignificância como cláusula de atipicidade parece ser, portanto, uma saída promissora. E é este, efetivamente, o modelo que vem sendo majoritariamente adotado por nossos tribunais e por nossa doutrina” (Yuri Corrêa da Luz, *Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática*, Revista Direito GV São Paulo nº 15, 2012, p. 218 – destaques no original).

21 Definições de Nilo Batista (*Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2011, p. 82-94).

22 A ligação entre os princípios da insignificância e da razoabilidade ou proporcionalidade não é inédita na Corte. Veja-se, por todos, o HC 107.082, Rel. Min. Ayres

subprincípios (adequação, necessidade/vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito). Não é o caso de fazer aqui uma longa digressão sobre o princípio, bastando reproduzir um pequeno trecho de obra doutrinária em que sintetizei o tema da seguinte forma:

“Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto.” (*Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2013, p. 329)

33. Com efeito, a utilização do direito penal para tratar de lesões insignificantes a bens jurídicos seria *inadequada, excessiva e desproporcional*. Os exemplos de Zaffaroni, Batista *et al.* falam por si:

“Não se trata apenas de manifestação do princípio da *ultima ratio*, mas também do próprio princípio republicano, do

Britto: “(...) 2. A insignificância penal expressa um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, substancialmente escapam desse encaixe. E escapam desse molde simplesmente formal, como exigência mesma da própria justiça material enquanto valor ou bem coletivo que a nossa Constituição Federal prestigia desde o seu principiológico preâmbulo. Justiça como valor, a se concretizar mediante uma certa dosagem de razoabilidade e proporcionalidade na concretização dos valores da liberdade, igualdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc. Com o que ela, justiça, somente se realiza na medida em que os outros valores positivos se realizem por um modo peculiarmente razoável e proporcional”.

qual dimana o princípio da proporcionalidade, como requisito de correspondência racional entre a lesão ao bem jurídico e a pena: não faz sentido considerar *lesão corporal* (art. 129 CP) a perfuração nas orelhas da criança para uso de brincos, entrever *furto* (art. 155 CP) na subtração de uma caixa de fósforos para acender cigarros, ou *sequestro* (art. 148 CP) no motorista rabugento que só freia o ônibus e abre a porta no ponto subsequente, a duzentos metros de distância do solicitado, lobrigar *corrupção* (art. 333 CP) no livro com que o advogado presenteia o juiz etc.”²³

34. Vale notar que a insignificância somente retira a tipicidade penal do fato, que, todavia, permanece ilícito para o direito como um todo e pode ser sancionado em outras esferas (cível, administrativa etc.)

35. Para encerrar esta nota teórica, cumpre distinguir, como faz a jurisprudência do STF, duas figuras próximas do furto de coisa insignificante: **(i)** o furto de coisa de pequeno valor e **(ii)** o furto famélico.

36. Ao contrário do furto de coisa insignificante²⁴, o furto de coisa de pequeno valor é um fato materialmente típico: em tal caso, o art. 155, § 2º, do CP faculta ao juiz apenas reduzir ou substituir a pena caso o agente seja primário. Embora possa ser problemático distinguir em casos concretos “coisa insignificante” de “coisa de pequeno valor”, a jurisprudência do STF não confunde tais figuras, e tem considerado como “pequeno valor” a quantia de até um salário mínimo à data dos fatos (e.g., HC 119.621, Rel. Min. Cármen Lúcia). Para a insignificância, trabalho mentalmente com um valor que, no máximo, fica em torno de 1/3 (um terço) do salário mínimo²⁵. Mas trata-se de uma mera referência.

23 Direito penal brasileiro – II, I, 2010, p. 229/230 (destaques no original).

24 A propósito, ressalve-se o entendimento do Min. Marco Aurélio (e.g., HC 110.813), segundo o qual é inaplicável o princípio da insignificância no furto em razão da previsão no Código Penal de uma figura específica para coisas de pequeno valor (CP, art. 155, § 2º).

25 Não se trata de valor estipulado de forma totalmente arbitrária, mas sim como decorrência da interpretação que o STF dá ao art. 155, § 2º, do CP, que dispõe: “Se o

Considero inconveniente uma tarifação fixa.

37. Por fim, o furto famélico – aquele cometido por um agente impellido por uma necessidade vital – também é materialmente típico: o debate doutrinário, irrelevante para os fins do presente voto, é saber se se trata de causa de exclusão da antijuridicidade (estado de necessidade) ou da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa). Em todo caso, o furto famélico não se confunde com o furto de coisa insignificante, já que

criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.” A jurisprudência da Corte entende que o “pequeno valor”, para tais fins, corresponde ao montante de um salário mínimo (e.g., RHC 111.138, Rel. Min. Cármen Lúcia). Por sua vez, a graduação da fração de redução da pena (de um a dois terços) deve levar em conta o valor do bem subtraído: quanto mais distante do teto de um salário mínimo, maior será a fração de redução, e vice-versa. O valor do bem e a fração de redução, portanto, são inversamente proporcionais. Porém, caso o valor seja muito reduzido, a hipótese não será de simples redução de pena, mas de atipicidade. Assim, é possível enunciar o seguinte critério: (i) caso o bem tenha valor entre 2/3 e 1 salário mínimo, aplica-se a redução de pena em sua menor fração (1/3); (ii) se a *res furtiva* vale entre metade e 2/3 do salário mínimo, aplica-se uma fração intermediária (1/2); (iii) na hipótese de a coisa subtraída valer entre 1/3 e metade do salário mínimo, reduz-se a pena na maior fração (2/3); e (iv) caso a coisa furtada valha cerca de 1/3 do salário mínimo ou menos, incide a insignificância. Não se ignora que o art. 155, § 2º, do CP destina-se a réus primários: porém, trata-se de critério atinente à aplicação do princípio da insignificância, que, como se verá a seguir, exclui a tipicidade material da conduta, tornando irrelevante eventual histórico penal do agente. Tal critério não deve ser rígido a ponto de impedir a aplicação do princípio da insignificância caso o limite de um terço do salário mínimo seja excedido por uma pequena margem, mas sim servir como um critério razoavelmente objetivo, sem inviabilizar eventuais temperamentos que o caso concreto exija. Outro critério possível seria o decorrente do art. 240, § 1º, do Código Penal Militar, que assim prevê: “§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.” No entanto, o direito penal militar é reconhecidamente mais rígido que o comum, de modo que tal critério não poderia ser simplesmente transposto para a generalidade dos casos. Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já

cada figura tem seus requisitos (e.g., HC 112.262, Rel. Min. Luiz Fux).

38. Por tudo isso, conclui-se que o princípio da insignificância superou seus críticos e conta hoje com ampla aceitação teórica e jurisprudencial, de modo que “O problema que hoje enfrentamos, portanto, não parece dizer tanto respeito ao reconhecimento ou não da vigência deste princípio, mas sim a algo muito mais concreto, ainda que igualmente importante: à melhor e mais adequada forma de aplicá-lo”²⁶.

V – ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE INSIGNIFICÂNCIA E O CRIME DE FURTO

39. À luz do que já se expôs acima, é possível indagar: por que a jurisprudência atualmente predominante no Supremo Tribunal Federal vem afastando a insignificância por circunstâncias alheias ao juízo de tipicidade da conduta? Em outros termos, e retomando o exemplo acima quanto ao crime de furto: a tipicidade da subtração de uma caixa de fósforos dependeria da ausência de outras circunstâncias objetivas ou subjetivas, segundo o atual entendimento da Corte? Por quais motivos?

40. As respostas podem ser extraídas da leitura de diversos acórdãos sobre o tema, analisados abaixo, tendo eu participado da votação de vários casos antes das presentes reflexões. O levantamento não é exaustivo, mas representativo do atual pensamento da Corte, e será dividido em duas partes: **(i)** na primeira, serão vistas as decisões que descaracterizam a insignificância devido à reiteração delitiva, isto é, por *circunstâncias atinentes ao sujeito do crime*; **(ii)** na segunda, serão analisados os acórdãos que deixam de aplicar o princípio por *circunstâncias de caráter objetivo*, como a incidência de qualificadoras (CP, art. 155, § 4º).

reconheceu a insignificância de furtos militares de valores até mais elevados do que 1/10 do salário mínimo (HC 107.638, Rel. Min. Cármen Lúcia).

26 Yuri Corrêa da Luz, *Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática*, Revista Direito GV São Paulo nº 15, 2012, p. 209.

V.1 – Reiteração delitiva (circunstâncias subjetivas)

41. É possível encontrar uma razoável quantidade de precedentes que aplicam o princípio da insignificância mesmo em se tratando de réus reincidentes (*e.g.*: HC 112.400, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 106.068, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 93.393, Rel. Min. Cezar Peluso etc.). No entanto, a jurisprudência hoje predominante nas duas Turmas do Tribunal orienta-se no sentido oposto, como se passa a expor.

42. No HC 115.850 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, o paciente foi condenado a um ano de reclusão, em regime inicial semiaberto, e dez dias-multa, pelo furto de quatro galinhas caipiras, avaliadas conjuntamente em R\$ 40,00 (quarenta reais). Considerando a reincidência do paciente, a partir de seus antecedentes e de sua “alcunha sugestiva” (“Fernando Gatuno”), o relator afirmou que “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”. Acrescentou que a adoção do princípio da insignificância no caso constituiria “verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais”, e, ainda, que “a prudência recomenda que se leve em conta a obstinação do agente na prática delituosa, a fim de evitar que a impunidade o estimule a continuar trilhando a senda criminosa”²⁷.

43. No RHC 117.751, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, o paciente era processado por ter subtraído de um supermercado um desodorante, avaliado em R\$ 15,12 (quinze reais e doze centavos). A insignificância foi afastada, vencido o Min. Celso de Mello, porque “o paciente dá mostras de fazer das práticas criminosas o seu *modus vivendi*, uma vez que, além de reincidente, é acusado de envolvimento em outros

²⁷ O Min. Luiz Fux fez considerações semelhantes ao denegar a ordem a paciente reincidente, condenado a um ano e três meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por furtar seis barras de chocolate, avaliadas conjuntamente em R\$ 31,80 (trinta e um reais e oitenta centavos), as quais seriam vendidas para comprar drogas (HC 107.733 AgR).

HC 123533 / SP

crimes”, e que “a aplicação do referido instituto, na espécie, poderia significar um verdadeiro estímulo à prática desses pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade”.

44. No HC 101.998, Rel. Min. Dias Toffoli, o relator manteve a condenação a um ano de reclusão, em regime inicial semiaberto, sem substituição por pena restritiva, pelo furto de nove barras de chocolate, avaliadas em R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais), ao considerar que o réu, por ser reincidente, teria “personalidade voltada à prática delituosa”.

45. De forma semelhante, no HC 118.089, Rel. Min. Cármen Lúcia, o paciente foi condenado a dois anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, sem substituição por pena restritiva de direitos, e vinte dias-multa, por ter subtraído do caixa de uma padaria uma cédula de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e um maço de cigarros. Afirmou a relatora: “O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida”. E ainda: “Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal.”

46. O Min. Teori Zavascki tem acompanhado a posição majoritária com o reforço de alguns argumentos dogmáticos. Ao manter condenação de réu a dois anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pelo furto de um celular avaliado em R\$ 100,00 (cem reais), afirmou:

“4. (...) 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.

5. 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 sobre a contumácia da conduta do agente.

6. Não se pode considerar atípica, por irrelevante, a conduta formalmente típica, de delito contra o patrimônio, praticada por paciente que possui condenações anteriores transitadas em julgado, sendo uma delas por crime contra o patrimônio.” (HC 114.877)

47. Essa posição é adotada pelos Ministros Gilmar Mendes²⁸ e

28 “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, e não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.” (HC 115.147)

HC 123533 / SP

Rosa Weber²⁹ com ressalva de entendimento pessoal. Outros Ministros, como Celso de Mello (HC 111.016) e Joaquim Barbosa (HC 107.500), apenas afastam a insignificância caso o réu possua condenação definitiva.

48. Com a devida vênia, ao refletir melhor sobre o assunto, não me convenci de que a reincidência deva, invariavelmente, impedir a aplicação do princípio da insignificância.

49. Ainda que a resposta criminal seja, em tese, um inegável desestímulo à prática da conduta reprimida, não se pode dizer que a não incidência do direito penal configure exatamente um estímulo positivo. E, embora a prevenção ainda seja uma meta a ser atingida pelo direito penal, o peso dessa ideia é substancialmente mitigado quando se constata que o índice de reincidência dos egressos do sistema prisional no Brasil é de aproximadamente 70%, um dos maiores do mundo, como visto acima. Isso demonstra se tratar de um quadro complexo, em que o papel preventivo do direito penal talvez não seja decisivo como se imagina.

50. Além disso, o direito penal não se destina a punir meras condutas indesejáveis, “personalidades”, “meios” ou “modos de vida”, e sim crimes, isto é, *condutas* significativamente perigosas ou lesivas a bens jurídicos, sob pena de se configurar um *direito penal do autor*, e não *do fato*.

29 “Ressalvo o meu entendimento pessoal porquanto, se a insignificância afeta a tipicidade material, antecedentes criminais não se mostram aptos a inibir a aplicação do princípio, uma vez pertinentes a categoria dogmática estranha à tipicidade. Com efeito, a meu juízo, antecedentes criminais, por maior gravidade que ostentem, não ensejam a tipificação criminal de conduta que, pela insignificância da ofensa perpetrada ao bem jurídico protegido, não lhe tenha causado lesão de relevo. Assim, a vida pregressa do indivíduo não se mostra hábil a transformar em crime fato que, pelo dano insignificante causado ao bem jurídico objeto da tutela penal, materialmente não se subsume no tipo previsto em lei. Apesar da ressalva pessoal, tenho acatado a orientação da Turma e negado o reconhecimento da insignificância quando encontram-se presentes registros criminais pretéritos.” (RHC 112.694)

51. A propósito, o Tribunal teve recentemente a oportunidade de se manifestar, em caso julgado sob regime de repercussão geral, acerca da não recepção do art. 25 da Lei de Contravenções Penais³⁰ pela Constituição (RE 583.523, j. 03.10.2013). O preceito tipificava a posse de certos instrumentos, a depender do histórico penal de seu portador ou de seu enquadramento como “vadio ou mendigo”. O relator do feito, Min. Gilmar Mendes, foi acompanhado por unanimidade, merecendo destaque as seguintes passagens de seu voto:

“Admitir essa qualidade do sujeito ativo para configuração do tipo vai muito além da intenção de proteger o bem jurídico tutelado, no caso o patrimônio, e representa, isso sim, um modelo político-criminal não só transgressor da própria dignidade da pessoa humana, mas também apto a substituir um modelo de direito penal do fato por um modelo de direito penal do autor.

(...)

Assim, é inadmissível no atual estágio da evolução dogmática do direito penal do fato permitir, como elementar constitutiva do tipo, a condição de que o agente seja vadio ou mendigo.

(...)

Outra elementar da infração contravencional em apreço, é a exigência de condenação anterior do sujeito ativo por crime de roubo ou furto, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada. Em outras palavras, deve o possuidor dos instrumentos específicos ou comuns para prática de crime de furto, obrigatoriamente, ter sido condenado anteriormente, por sentença transitada em julgado, pela prática de crime de furto ou roubo.

Essa questão difere da matéria relativa à agravante genérica da reincidência prevista no artigo 61, I, do CP, em que

30 LCP, art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima: Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis.

o Plenário, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 453.000/RS, rel. Min. Marco Aurélio, no dia 4.4.2013, julgou o mérito do tema, determinando a aplicação do regime da repercussão geral, reconhecida inicialmente no RE-RG 591.563.

Naquele processo, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o fato de o agente ter a pena agravada pela condenação anterior transitada em julgado, realizada no momento da individualização da pena não viola o princípio constitucional da presunção de inocência. **Diferentemente, na questão em apreço, a reincidência em crime contra o patrimônio é a própria elementar da infração penal.**

Desse modo, é admissível ao julgador, no momento da individualização da pena, considerar a condenação anterior transitada em julgado como forma de punir com maior rigor o criminoso contumaz, o que **não se mostra compatível com a atual égide constitucional considerar o passado do agente como forma de tipificar a infração penal.**

(...) o legislador ao considerar a vida *anteacta* do agente como elementar constitutiva do tipo considerou de maneira discriminatória que determinadas espécies de sujeitos, portadores de direitos iguais garantidos pela Constituição Federal, possuem maior potencialidade de cometer novos crimes.

Não entendo correto que, com base nessas condições subjetivas (condição social/econômica ou reincidência em crimes contra o patrimônio), se possa presumir que determinados agentes tem maior potencialidade de cometer a infração penal.

(...)

Dessa forma, a previsão de contravenção penal de posse injustificada de instrumentos de emprego usual na prática de furto por agente *depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada*, se mostra atentatória aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, *caput* e inciso I,

da Constituição Federal.” (destaques acrescentados)

52. Portanto, embora o Tribunal tenha reconhecido, em tese, a constitucionalidade da reincidência como agravante genérica da pena (RE 453.000, Rel. Min. Marco Aurélio), isto não significa que se possa considerar a reiteração delitiva como circunstância elementar de tipos penais. Isto é: a tipicidade de uma conduta não pode depender de saber se o agente é vadio, mendigo, processado, condenado ou reincidente.

53. Esta Corte, no entanto, faz exatamente isto ao afastar o princípio da insignificância a agentes em situação de reiteração delitiva, (tecnicamente reincidentes ou não). Uma mesma conduta – *e.g.*, a subtração de uma caixa de fósforos, de quatro galinhas, de um desodorante, de barras de chocolate etc. – tem a sua *tipicidade* dependente de uma investigação sobre os antecedentes criminais do agente.

54. Essa construção tem obrigado o Tribunal a atenuar sua jurisprudência em alguns casos, em prejuízo a um desejável ideal de coerência. Por exemplo: no HC 117.903, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, o paciente era processado pela tentativa de furto de “25 kg de milho em espiga”, avaliados em R\$ 6,00 (seis reais). Embora se tratasse de pessoa que respondia a outros processos penais por posse de entorpecentes, com condenação por tráfico de drogas e por crime contra o patrimônio (dano qualificado), aplicou-se o princípio da insignificância, afirmando-se a necessidade de se analisar os registros do paciente *cum grano salis*.

55. A consideração conjunta de várias condutas insignificantes que, somadas, poderiam resultar em lesão relevante ao bem jurídico, como defendido, *e.g.*, no HC 118.089, só seria criminalmente punível se se estiver diante de crime continuado (CP, art. 71), o que deve ser provado.

56. Resta analisar os argumentos dogmáticos usados, *e.g.*, no HC 114.877. *Data maxima venia*, penso que a citação a Zaffaroni feita em casos da espécie não reflete o real pensamento do penalista. Isto porque a

tipicidade conglobante (v. *supra*, nota 17) tem uma função *reduutora*, e não *ampliadora* do juízo de tipicidade penal. É o próprio autor que afirma:

“2. O tipo objetivo não se esgota na correspondência com qualquer pragma, mas tão somente com um pragma conflitivo; constatar tal conflitividade constitui passo indispensável para a verificação da tipicidade objetiva. O pragma típico se determina desde logo pela função sistemática, que importa um âmbito máximo de antinormatividade, porém só se confirma com a simultânea constatação de sua *conflitividade*, procedimento que pode culminar em sua exclusão ou redução, sem jamais ultrapassar o máximo rudimentar estabelecido pela tipicidade objetiva sistemática. Por isso, pela necessidade de constatar a conflitividade, imposta pela requisição jurídica geral da alteridade e pelo objetivo político reduzor da construção, cabe distinguir dentro do tipo objetivo um tipo que dê conta de tal objetivo: o *tipo conglobante*.

3. A tipicidade conglobante cumpre sua função reduutora constatando a existência de um conflito (*conflitividade*), o que implica uma lesividade objetivamente imputável a um agente (*dominabilidade*). Através da função conglobante do tipo objetivo se estabelece a própria existência do conflito, o que pressupõe comprovar tanto sua *lesividade* quanto seu *pertencimento* a um sujeito. É inconcebível a criminalização de um pragma que não implique qualquer ofensa a outrem (representado no bem jurídico. (...)) Constata-se a *lesividade* verificando-se: **a)** desde logo, se o pragma afetou verdadeiramente um bem jurídico (constitucionalmente legitimado e cuja ofensa é proibida por norma); **b)** se tal afetação (por lesão ou por perigo) foi substancial, significativa; c) se não incidem outras normas que, recortando e limitando o alcance proibitivo da norma deduzida do sentido semântico do tipo isolado, o invalidem, descaracterizando-se assim a afetação do bem jurídico.” (Zaffaroni, Batista *et al.*, *Direito penal* – II, I, 2010, p. 212/213)

57. Por defender que a ausência de lesividade insere-se na

análise da tipicidade conglobante – isto é, considerando-se a norma conglobada na ordem jurídica, e não isolada –, Zaffaroni de fato afirma que “*A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa*”. Daí não se extrai, porém, a conclusão de que uma mesma conduta pode ser penalmente típica para reincidentes e não para as demais pessoas, como se a ordem normativa pudesse pretender uma discriminação que a jurisprudência do STF já repeliu. Assim, a tipicidade conglobante só pode reduzir, e não ampliar o juízo de tipicidade penal.

58. Apenas para argumentar: ainda que se pudesse considerar o histórico penal do agente no juízo de tipicidade material da conduta, não seria possível levar em consideração para tais fins, sem violação ao art. 5º, LVII, da Constituição, a existência de inquéritos, ações penais em curso e condenações não definitivas: é o que defendem, como já visto, os Ministros Celso de Mello (HC 111.016) e Joaquim Barbosa (HC 107.500). Nessa linha, em recente julgado unânime da 2ª Turma (HC 122.936, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 05.08.2014), foi concedida a ordem para trancar ação penal movida em face de acusado de tentativa de furto de onze barras de chocolate, avaliadas em R\$ 44,00 (quarenta e quatro reais), embora responda a outro processo por furto.

59. Por fim, ao afastar a insignificância em casos de reincidência, a jurisprudência do STF contribui para agravar ainda mais o já dramático quadro de crise do sistema carcerário. Isto porque a sanção imposta, por menor que seja, não poderá ser substituída por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, II), e seu cumprimento deverá ser iniciado, no mínimo, em regime semiaberto (CP, art. 33, § 2º, b e c).

V.2 – Furto qualificado (CP, art. 155, § 4º)

60. O Supremo Tribunal Federal não tem reconhecido a insignificância em furtos que, embora envolvam valores irrisórios, tenham sido praticados sob circunstâncias qualificadoras (CP, art. 155, §

HC 123533 / SP

4º), as quais, como se sabe, *dobram* a pena mínima e a máxima³¹. Seguem-se exemplos de casos em que a insignificância foi afastada.

61. No HC 113.258, Rel. Min. Luiz Fux, foi mantida a condenação dos pacientes por tentarem subtrair de uma loja dois chuveiros, avaliados em R\$ 69,80 (sessenta e nove reais e oitenta centavos), vencida a Min. Rosa Weber. A conduta foi tida como reprovável, e a insignificância afastada, em razão do concurso de agentes.

62. No HC 118.584, Rel. Min. Cármen Lúcia, foi mantida a condenação do paciente a dois anos e três meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e quatorze dias-multa, pelo furto de um “compressor de limpeza de aquário”, avaliado em R\$ 10,00 (dez reais). Afastou-se a insignificância em razão da reincidência, bem como porque a subtração ocorreu durante a noite e com rompimento de obstáculo (arrombamento de porta do estabelecimento), na forma do art. 155, § 4º, I, do CP.

63. No HC 113.872, Rel. Min. Gilmar Mendes, foi mantida a condenação do paciente a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela subtração de um painel de toca-discos para veículo, um estojo para CDs e um disco personalizado, no valor total de R\$ 21,00 (vinte e um reais). Afastou-se a insignificância devido à reprovabilidade da conduta, em razão do uso de chave-falsa para abrir o veículo.

31 Furto Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno. § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. § 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. **Furto qualificado** § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas. § 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

64. De todos esses exemplos, extrai-se que a insignificância foi afastada em razão da maior reprovabilidade das condutas, o que não se nega. No entanto, cabe retomar o exemplo acadêmico a fim de problematizar a discussão: a subtração de uma caixa de fósforos passaria a ser crime apenas por ter sido cometida durante o repouso noturno (CP, art. 155, § 1º), ou por concurso de duas pessoas (CP, art. 155, § 4º, IV)?

65. O maior juízo de reprovabilidade é aferido na etapa referente à culpabilidade, que limita a pena e se traduz na dosimetria. Essa etapa, porém, pressupõe a formação de um juízo de tipicidade e antijuridicidade da conduta. E, quanto à tipicidade, já se viu que ela depende da ocorrência de lesão significativa ao bem jurídico protegido (no caso do crime de furto, o patrimônio). A propósito, ensina a doutrina:

“Essa construção deixa claro que, por exemplo, se do exame dos fatos constatar-se que a ação não é típica, será desnecessário verificar se é antijurídica, e muito menos se é culpável. Cada uma dessas características contém critérios valorativos próprios, com importância e efeitos teóricos e práticos igualmente próprios.”³²

66. Não por outro motivo, e de forma semelhante ao que ocorre quanto à reiteração delitiva, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também registra uma grande quantidade de casos em que a insignificância foi aplicada em casos de furto, a despeito de circunstâncias objetivas desfavoráveis.

67. Foi o que ocorreu, *e.g.*, no HC 113.327, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em que se reconheceu a insignificância de furto, praticado em concurso de pessoas, de animais que foram mortos para consumo: 5 galinhas e 1 galo, avaliados em R\$ 115,00 (cento e quinze reais).

32 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, parte geral 1, 2014, p. 439.

HC 123533 / SP

68. No HC 110.244, Rel. Min. Gilmar Mendes, foi aplicado o princípio da insignificância ao furto de 50 metros de fiação elétrica e 1 lâmpada das dependências de Centro de Tradições Gaúchas, avaliados em R\$ 81,80 (oitenta e um reais e oitenta centavos), praticado mediante rompimento de obstáculo e concurso de agentes que ostentavam reincidência, vencido o Min. Ricardo Lewandowski.

69. Refira-se também o HC 94.549, Rel. Min. Dias Toffoli, em que foi aplicado o princípio da insignificância ao furto de sacos de cimento, avaliados em R\$ 90,00 (noventa reais), cometido mediante concurso de pessoas e rompimento de obstáculo, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Ou ainda o HC 96.822, Rel. Min. Cármen Lúcia, em que foi reconhecida a insignificância de um furto a supermercado, praticado em concurso de agentes, em que foram subtraídas barras de chocolate e inseticidas, avaliados em R\$ 133,51 (cento e trinta e três reais e cinquenta e um centavos).

70. Todo esse levantamento mostra que o Tribunal necessita de critérios mais firmes para aplicação do princípio da insignificância, sob pena de cometer injustiças e não cumprir o papel de formar uma jurisprudência coerente, a ser observada pelas demais instâncias³³.

33 Nesse sentido, Pierpaolo Cruz Bottini, *A confusa exegese do princípio da insignificância*, in: Temas relevantes de direito penal e processual penal, Luiz Rascovski (coord.), 2012, p. 251: “Tudo isso revela a necessidade de uma revisitação do *princípio da insignificância*, não para limitar sua incidência, mas para assentar suas bases materiais e permitir o desenvolvimento de critérios de aplicação mais uniformes, mais racionais, que permitam um tratamento isonômico a crimes similares, praticados de maneira semelhante. Nesse sentido, parece válida a ideia de reconhecer a *insignificância* apenas em delitos com valores ínfimos e, nos demais casos, afastar a tipicidade pela ausência de *subsidiariedade* no uso do direito penal, seja pela existência de normas que afastem o processo administrativo – caso dos crimes fiscais –, seja diante da restituição do bem e do desinteresse da vítima em prosseguir com a persecução, independentemente do valor patrimonial afetado”. Em outra oportunidade, ao tratar da insignificância nos crimes fiscais, pretendo retomar esta reflexão.

71. Partindo da premissa de que a insignificância exclui a tipicidade material, não é possível que a aplicação do princípio dependa de circunstâncias pessoais do agente ou de fatores atinentes a etapa posterior da análise do delito (culpabilidade). Esta conclusão corresponde ao meu atual pensamento sobre a matéria, após detida reflexão à luz da doutrina, da jurisprudência e da realidade do sistema carcerário no Brasil. No entanto, tendo em vista a atual compreensão da Corte sobre o tema, vislumbro dificuldades para a aceitação desta conclusão com todas as suas consequências, razão pela qual passo a expor um encaminhamento menos ambicioso, com o fim de produzir um consenso mínimo e afastar possíveis inquietações que orientam outros pontos de vista legítimos.

VI – CRITÉRIOS DE CONSENSO MÍNIMO: UMA PROPOSTA

72. Doutrinariamente, entende-se que o princípio da insignificância incide nas hipóteses em que não se identifique relevante desvalor da ação e/ou do resultado, embora a conduta seja formalmente típica. Os exemplos de Luiz Flávio Gomes esclarecem:

“Um ponto fundamental que talvez seja útil para o debate consiste em distinguir com clareza ambos os desvalores. A insignificância ora pode residir na conduta, ora no resultado (ou em ambos). Uma coisa é alguém arremessar uma bolinha de papel contra um transporte coletivo (CP, art. 264) e outra distinta é subtrair uma cebola ou um palito de fósforo de alguém (CP, art. 155). O desvalor da ação no primeiro caso é absolutamente nímio. A conduta não conta com periculosidade. Falta-se idoneidade. Já o desvalor da ação na subtração é muito grande, pequeno, no caso, é o desvalor do resultado. Há um terceiro grupo onde podemos constatar ambos os desvalores (é o caso de um acidente de trânsito com culpa levíssima e lesão corporal mínima).”³⁴

73. A insignificância, assim, pressupõe a falta de desvalor da ação, ou do resultado, ou ambos. O autor diz que, dos vetores apontados pelo Min. Celso de Mello, três se referem ao desvalor da ação (mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação e reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento) e um ao do resultado (inexpressividade da lesão jurídica provocada).

74. Embora seja teoricamente possível distinguir os desvalores da ação e do resultado, na prática tais conceitos estão de tal forma relacionados que é difícil precisar seus limites. Por esta razão, a doutrina preconiza que o critério predominante depende do tipo penal em exame:

“(...) ambos os critérios, desvalor da ação e desvalor do resultado, revelam-se importantes na tarefa de descriminalização interpretativa, pois estão perfeitamente entrelaçados e é impossível imaginá-los separados. O valor ou desvalor de uma conduta pressupõe sempre o valor ou desvalor de um resultado. Assim, por exemplo, a proibição de matar é consequência da proteção à vida; a proibição de roubar resulta da proteção à propriedade. Nos dois casos, o desvalor da ação (matar, roubar) deriva já do desvalor do resultado (destruição da vida humana, lesão da propriedade). Os mandamentos de ‘não matar’ e ‘não roubar’ só têm sentido se previamente se reconhecerem os valores que os fundamentam: a vida e a propriedade.

De qualquer forma, para que se verifique a eventual preponderância de um critério sobre o outro em determinado caso concreto, é necessário analisar a estrutura legal do respectivo tipo penal. Se este é constituído sobre a mera causação do evento, deve-se valorizar a intensidade da ofensa verificada; quando, ao contrário, o tipo da destaque à forma de ação, importa analisar o potencial agressivo da conduta praticada (...)”. (Carlos Vico Mañas, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*, 1994, p. 61/62)

75. Dito isto, conclui-se que para reconhecer a insignificância no furto prepondera a ausência de desvalor do resultado. Isto porque a conduta de subtrair já é, por si só, altamente desvalorada, sendo difícil imaginar hipóteses de furto insignificante por ausência de desvalor da ação. Além disso, o furto é um crime de resultado, não de mera conduta³⁵.

76. Partindo dessas premissas, entendo que a simples circunstância de se tratar de réu reincidente ou de incidir alguma qualificadora (CP, art. 155, § 4º) não deve, automaticamente, afastar a aplicação do princípio da insignificância. É preciso motivação específica à luz das circunstâncias do caso concreto, como o alto número de reincidências, a especial reprovabilidade decorrente de qualificadoras etc.

77. Caso se entenda que o furto de coisa de valor ínfimo pode ser punido na hipótese de reincidência do agente, é preciso admitir que a questão da insignificância se move do domínio da tipicidade para o da culpabilidade. Isto porque, como visto, não é possível afirmar, à luz da Constituição, que uma mesma conduta é típica para uns e não para outros (os reincidentes), sob pena de configuração de um inaceitável direito penal do autor, e não do fato, como já decidiu este Tribunal (RE 583.523, Rel. Min. Gilmar Mendes).

78. Além disso, para que a reincidência exclua a aplicação do princípio da insignificância, não deve bastar a mera existência de inquéritos ou processos em andamento: é necessário que haja condenação transitada em julgado (HC 111.016, Rel. Min. Celso de Mello; HC 107.500, Rel. Min. Joaquim Barbosa), e por crime da mesma espécie (HC 114.723,

35 Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, parte geral 1, 2014, p. 282: “Na realidade, a classificação que consideramos mais adequada, em função da técnica legislativa utilizada na redação dos tipos penais, é aquela que distingue os *crimes de resultado* dos *crimes de mera conduta*, porque o elemento a ser considerado, nesse âmbito, é se, para a consumação do crime, há a exigência da produção de algum tipo de resultado: nos crimes materiais podem ser diferenciadas as espécies de resultado (de dano ou de perigo [...]), enquanto nos *crimes de mera conduta*, a simples ação ou omissão já é suficiente para a sua consumação.”

Rel. Min. Teori Zavascki). Essa linha de raciocínio, embora nem sempre adotada, já encontra respaldo no acervo de jurisprudência desta Corte.

79. Por fim, ainda que se pretenda aplicar alguma resposta penal ao agente que furta coisa de valor insignificante, a sanção deverá guardar proporcionalidade com a lesão causada. Como já visto, o encarceramento em massa de condenados por pequenos furtos tem efeitos desastrosos não apenas para a integridade física e psíquica dessas pessoas, como também para o sistema penitenciário como um todo, e, reflexamente, para a própria segurança pública que se quer proteger. A prisão, no caso, é manifestamente desproporcional à gravidade da conduta, nos três aspectos em que se divide o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade: não é adequada para prevenir novos crimes – como demonstra o elevado índice de reincidência no Brasil –, é excessiva no seu aspecto repressivo e gera muito mais malefícios do que benefícios.

80. Assim sendo, a opção de mandar essas pessoas para o cárcere deve ser encarada decididamente como a última e radical alternativa num sistema já superlotado e altamente degradante. Dessa forma, proponho que eventual sanção privativa de liberdade aplicável ao furto de coisa de valor insignificante seja fixada em regime inicial *aberto domiciliar*, afastando-se para os reincidentes a aplicação do art. 33, § 2º, c, do CP³⁶, que, na hipótese, deve ser interpretado conforme a Constituição. Sua incidência fica paralisada no caso concreto, por produzir resultado incompatível com o texto constitucional.

81. Embora a prisão domiciliar somente seja prevista na Lei de

36 CP, art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (...) **c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.**

HC 123533 / SP

Execuções Penais em hipóteses restritas³⁷, a realidade do sistema prisional já vem obrigando juízes e Tribunais de todo o País a recorrer a essa alternativa, a fim de que o condenado não fique submetido a regime mais gravoso do que aquele a que faz jus, por falta de vagas. Nessa linha, há precedentes das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal³⁸. Por raciocínio semelhante, é possível lançar mão da prisão domiciliar para furtos de valor insignificante, já que o ingresso do agente no sistema carcerário é manifestamente desproporcional à lesividade da ação.

37 Lei nº 7.210/1984, art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

38 Confira-se: HC 107.810, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio: “PENA – EXECUÇÃO – REGIME. Ante a falência do sistema penitenciário a inviabilizar o cumprimento da pena no regime menos gravoso a que tem jus o reeducando, o réu, impõe-se o implemento da denominada prisão domiciliar. Precedentes: (...)”;

HC 87.985, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello: “‘HABEAS CORPUS’ - SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE ASSEGURA AO RÉU O DIREITO AO REGIME PENAL SEMI-ABERTO - IMPOSSIBILIDADE MATERIAL, POR PARTE DE ÓRGÃO COMPETENTE DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO, DE VIABILIZAR A EXECUÇÃO DESSA MEDIDA - RECOLHIMENTO DO CONDENADO A ESTABELECIMENTO PRISIONAL DO ESTADO, PARA AGUARDAR, EM REGIME FECHADO, QUE O PODER PÚBLICO VIABILIZE, MATERIALMENTE, O INGRESSO DO SENTENCIADO NO REGIME PENAL SEMI-ABERTO (COLÔNIA PENAL AGRÍCOLA E/OU INDUSTRIAL) - INADMISSIBILIDADE - AFRONTA A DIREITO SUBJETIVO DO SENTENCIADO - HIPÓTESE CONFIGURADORA DE EXCESSO DE EXECUÇÃO - PEDIDO DEFERIDO. - O inadimplemento, por parte do Estado, das obrigações que lhe foram impostas pela Lei de Execução Penal não pode repercutir, de modo negativo, na esfera jurídica do sentenciado, frustrando-lhe, injustamente, o exercício de direitos subjetivos a ele assegurados pelo ordenamento positivo ou reconhecidos em sentença emanada de órgão judiciário competente, sob pena de configurar-se, se e quando ocorrente tal situação, excesso de execução (LEP, art. 185). Não se revela aceitável que o exercício, pelo sentenciado, de direitos subjetivos - como o de iniciar, desde logo, porque assim ordenado na sentença, o cumprimento da pena em regime menos gravoso - venha a ser impossibilitado por notórias deficiências estruturais do sistema penitenciário ou por crônica incapacidade do Estado de viabilizar, materialmente, as determinações constantes da Lei de Execução Penal. -

82. Proponho ainda que a referida pena privativa de liberdade seja, como regra, substituída por pena restritiva de direitos, afastando-se as condicionantes previstas no art. 44, II, III e § 3º do CP³⁹, que devem ser interpretadas à luz da Constituição, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade. As sanções restritivas de direitos têm um caráter ressocializador muito mais evidente em comparação com as penas privativas de liberdade, especialmente em casos abrangíveis pelo princípio da insignificância. Assim, somente em caso de descumprimento da pena restritiva deve haver a reconversão para sanção privativa de liberdade, em regime *aberto domiciliar*. E apenas na hipótese de descumprimento das condições impostas ao condenado em prisão domiciliar é que será possível a regressão para o regime semiaberto.

Conseqüente inadmissibilidade de o condenado ter de aguardar, em regime fechado, a superveniência de vagas em colônia penal agrícola e/ou industrial, embora a ele já reconhecido o direito de cumprir a pena em regime semi-aberto.”

39 CP, art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; **II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.** § 1º. (VETADO) § 2º. Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. **§ 3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.** § 4º. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. § 5º. Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

83. Feitas todas essas considerações – necessárias à reconfiguração do instituto da insignificância, tal como estou aqui propondo –, passo ao caso concreto.

VII – O CASO CONCRETO

84. Como relatado, trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de paciente condenada a um ano e dois meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e cinco dias-multa, pela tentativa de furto qualificado, mediante concurso de agentes, de dois sabonetes líquidos íntimos, avaliados em R\$ 48,00 (quarenta e oito reais).

85. Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito implicada na impetração. Nesse sentido, *e.g.*, foram julgados os seguintes precedentes: HC 113.468, Rel. Min. Luiz Fux; HC 117.502, sob a minha relatoria para o acórdão; HC 108.141-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki; e o HC 122.166-AgR, julgado sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Nada obstante, a meu ver, o caso apresenta ilegalidade flagrante que enseja a concessão da ordem de ofício.

86. A aplicação do princípio da insignificância foi afastada nas instâncias de origem pela reincidência e pela existência da qualificadora atinente ao concurso de agentes. Porém, como visto, trata-se de aspectos que não afastam, por si sós, a incidência do princípio. Vale notar que não há nos autos informação quanto a se tratar de reincidência múltipla e específica. Além disso, a qualificadora do concurso de agentes, na situação concreta, não apresenta alta reprovabilidade, por se destinar à ocultação da ação.

87. Verifica-se no caso a manifesta ausência de desvalor do resultado, traduzida pelo ínfimo valor do bem subtraído (R\$ 48,00).

Incide, portanto, o princípio da insignificância.

88. Considerando que a situação da paciente é idêntica à do corréu, estendo a ele os efeitos da concessão da ordem, de ofício.

VIII – CONCLUSÃO

89. A sistematização ora proposta tem o objetivo de auxiliar o Tribunal na aplicação do princípio da insignificância, diante das preocupações e perplexidades decorrentes do enorme volume de casos e situações fáticas que lhe são submetidas.

90. É compreensível e legítima a preocupação em oferecer uma resposta estatal a pessoas reiteradamente envolvidas em condutas socialmente reprováveis. A dificuldade está em que o direito penal não oferece a melhor solução para o problema. Está-se aqui no domínio das *escolhas trágicas*⁴⁰. Embora a solução cogitada traga algum grau de iniquitação ao próprio relator, é preciso confrontá-la com alternativa pior: ao mandar o autor de um furto insignificante para o sistema penitenciário, está-se fabricando, quase inexoravelmente, um criminoso de muito maior agressividade e periculosidade. Vale dizer: não há solução juridicamente simples nem moralmente barata.

91. A alarmante situação carcerária no Brasil e o alto índice de reincidência dos egressos do sistema prisional são problemas altamente complexos e graves, que não podem ser integralmente resolvidos pelo Poder Judiciário. A reconfiguração jurisprudencial da insignificância, como proposta neste voto, constitui mecanismo realista e pragmático de lidar com a realidade presente, até que ela possa ser modificada.

92. Diante do exposto, **não conheço do writ, mas concedo a ordem de ofício, para reconhecer a atipicidade material da conduta da**

40 V. Guido Calabresi e Philip Bobbitt, *Tragic choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*, 1978.

paciente, por aplicação do princípio da insignificância, restando anulados todos os efeitos do processo penal em exame. Estendo, também de ofício, os efeitos da presente ordem ao corrêu.

93. Caso tal posição não logre a adesão da maioria, voto, alternativamente, pela concessão parcial da ordem, a fim de alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o *aberto domiciliar*, e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (CP, art. 44, § 2º), consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no montante de um salário mínimo em vigor à data dos fatos, em condições a serem detalhadas na fase da execução penal, com extensão dos efeitos da ordem ao corrêu.

94. **É como voto.**