

HABEAS CORPUS 130.124 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S) : ALEX VIEIRA DA SILVA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: 1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido no HC 317.781/MS, Rel. Min. Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC). Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico (art. 129, § 9º, do CP), mas o juízo de primeiro grau o absolveu por aplicação do princípio da bagatela (art. 386, III, do CPP); (b) inconformado, o Ministério Público Estadual apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que deu provimento ao recurso para condenar o paciente à pena de 3 meses de detenção, em regime aberto, com aplicação de *sursis* pelo prazo de 2 anos (77 do CP); (c) buscando o restabelecimento da sentença de primeiro grau, a Defensoria Pública Estadual impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu da impetração, mas analisou a matéria, em acórdão assim ementado:

“(…)

02. ‘Não é possível a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de que decorre violência física, ainda mais se ele é praticado no âmbito familiar’ (AgRg no AREsp 19.042/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 14/02/2012; RHC 35.769/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

03. *Habeas corpus* não conhecido.

Neste *habeas corpus*, a impetrante sustenta, em suma, a possibilidade de aplicação do princípio da infração bagatelar imprópria ao caso, “*a uma*, porque a vítima reatou o relacionamento após a ocorrência dos fatos; *a duas*, em razão do fato de o Estado não poder sobrepor-se à vontade das

HC 130124 / MS

partes nas relações domésticas”. Requer, ao final, a incidência do princípio da insignificância.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

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

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

(...)

O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

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

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

(...)

5. O enfrentamento dessa específica questão impõe a consideração de algumas premissas de ordem conceitual. É que, como bem assevera a jurisprudência do Tribunal, nesse ponto sem divergência, o princípio da insignificância não pode ser aquilatado à luz, apenas, do conceito de tipicidade formal, mas, sim, da tipicidade em seu sentido material, conforme, aliás, ficou claro no voto do Ministro Celso de Mello, no já referido HC 84.412-SP. A questão que se põe é a de saber se o juízo de tipicidade material comporta exame dessa conduta social do

agente, representada pela contumácia da prática delituosa.

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

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

Há, pois, relevante diferença entre tipo e tipicidade:

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

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

‘O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que a ela agrega uma tutela penal. Conforme esse processo de gestação, resultará que a conduta que se

adequa a um tipo penal será, necessariamente, contrária à norma que está anteposta ao tipo legal, e afetará o bem jurídico tutelado. (...) Isso significa que a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa.

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

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

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

'Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade

conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas (...). (grifei)

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

(...)

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

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

'Se a norma tem sua razão de ser na tutela de um bem jurídico, não podem incluir no seu âmbito de proibição as condutas que não afetam o bem jurídico. Consequentemente, para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico. Embora se trate de um conceito que nos proporciona um claro instrumento de interpretação legal, pode acontecer que o tipo legal tenha se configurado, e, no entanto, o bem jurídico não tenha sido atingido. Isto só pode ser estabelecido na tipicidade conglobante, ainda

que, é justo reconhecer, se trate de casos excepcionais' (op. cit., p.488/9).

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

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

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

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

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

(...)

9. Cumpre ressaltar, finalmente, que a necessária relação entre princípio da insignificância e a tipicidade conglobante explica porque a aplicação desse princípio se mostra incompatível com certos delitos, mesmo em se tratando de delitos contra o patrimônio. Realmente, por menor que possa ter sido o resultado da lesão patrimonial imposta à vítima, a definição da insignificância não descarta a análise dos demais elementos da conduta do agente, como a violência e a grave ameaça, inegavelmente consideradas pelo legislador como atentatórias a outros bens jurídicos não patrimoniais a serem protegidos. É sabido, por exemplo, conforme atesta a doutrina penal (v.g.: BITTENCOURT, Cezar. Tratado de Direito Penal, Parte Especial 3, Saraiva, 7ª edição, 2011), que no roubo e na extorsão, além do patrimônio público ou privado, tutela-se

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

3. Nesse contexto, demonstra-se correta a interpretação implementada pelo Tribunal de Justiça local, acolhida pelo STJ, no sentido de que

“(...) nos delitos penais que são cometidos em situação de violência doméstica, não é admissível a aplicação do princípio da bagatela imprópria, tudo sob o pretexto de que a integridade física da mulher (bem jurídico) não pode ser tida como insignificante para a tutela do Direito Penal. Ora, admitir a aplicação desse princípio seria o mesmo que desprestigiar a finalidade almejada pelo legislador quando da edição da Lei Maria da Penha, ou seja, ofertar proteção à mulher que, em razão do gênero, é vítima de violência doméstica no âmbito familiar”.

Nessa linha de raciocínio, *mutatis mutandis*, destacam-se os seguintes precedentes: RHC 111433, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 20/6/2012; HC 97190, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 8/10/2010; HC 96671, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 24/4/2009; HC 95174, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe de

HC 130124 / MS

20/3/2009; RHC 106360, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 4/10/2012, este último assim ementado:

“(…) É inviável reconhecer a aplicação do princípio da insignificância para crimes praticados com violência ou grave ameaça, incluindo o roubo. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido”.

4. Registre-se, por fim, que o paciente foi condenado à pena de 3 meses de detenção, em regime aberto, imposição alinhada com os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

5. Pelo exposto, nego seguimento ao pedido.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 14 de outubro de 2015.

Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

Documento assinado digitalmente