

VOTO-VOGAL

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de agravo regimental, com pedido de reconsideração, interposto por Rodrigo Rosa do Pilar, por intermédio da Defensoria Pública da União (eDOC 7, p. 1-11) da decisão do Relator, Ministro André Mendonça, a qual denegou a presente ordem de *habeas corpus* (eDOC 5, p. 1-9).

A DPU sustenta, em síntese, o seguinte:

“(…)

O agravante pleiteia que seja reconhecida a atipicidade de sua conduta, devido à incidência do princípio da insignificância e à configuração de crime impossível no caso concreto.

Conforme já dito, trata-se da tentativa de furto de itens pessoais avaliados em R\$ 124,74. No entanto, conforme plenamente reconhecido pelo juízo de 1ª instância, **na situação em que se encontrava o paciente, era impossível que o crime fosse consumado, em razão da ineficácia absoluta do meio, de modo a se enquadrar na hipótese de crime impossível prevista no art. 17 do CP .**

Como confirmado pelas testemunhas, cujos depoimentos constam nos autos, a segurança privada interna do Supermercado Condor efetivamente avistou o paciente colocando os itens em seu bolso, passando a segui-lo e monitorá-lo de perto ininterruptamente, até que ele tentou sair pela porta, quando houve a abordagem e foi chamada a Polícia Militar, que o encaminhou à delegacia.

Assim, segundo consta na sentença (e-STJ fls. 261/268), ‘ *diante da vigilância constante e inequívoca dos funcionários do local durante todo o iter criminis, não tinha qualquer capacidade de concretizar o intento delituoso e lograr a consumação do furto empreendido. (...) Assim, no caso em comento, em verdade o bem jurídico tutelado pelo tipo penal do art. 155 do Código Penal (isto é, o patrimônio do estabelecimento vítima) não sofreu qualquer risco de lesão pela conduta do acusado, eis que, reitera-se, o meio empregando por este era absolutamente ineficaz, motivo pelo qual não se configurou a tentativa de furto, vez que tratou-se de crime impossível, nos termos do artigo 17 do Código Penal.*’

(…)

Ademais, não bastasse se tratar de crime impossível, também **deve ser reconhecida a incidência do princípio da insignificância , uma vez que a tentativa de furto teve como objeto bem de valor irrisório, além de os itens nunca terem saído do patrimônio da vítima. Em outras**

palavras, quer-se dizer: de fato, não houve lesão ao bem jurídico, de maneira que a conduta é materialmente atípica .

Assim, embora se pontue na decisão recorrida que o valor dos bens (R\$ 124,74) excede a 10% do valor do salário-mínimo vigente à época do fato, ele ainda representa somente **11,9% do valor, de forma que é igualmente baixo e insignificante** . Conforme a defesa já argumentou, o parâmetro de comparação ao salário-mínimo é apenas um referencial da jurisprudência, não podendo ser tomado absolutamente.

Do mesmo modo, não obstante a presença da reincidência, ou o fato de estar o paciente em cumprimento de pena, pontuados na decisão recorrida, é indispensável reconhecer que **o fato insignificante deve ser apreciado sem considerações acerca do histórico pessoal do acusado, sob pena de condutas absolutamente irrelevantes passarem a justificar condenação penal. A observação da vida pregressa da pessoa, para que seja reconhecida como insignificante ou não uma conduta, acaba por gerar o inaceitável direito penal do autor, em que uma mesma situação é ou não típica a depender do histórico de quem a pratica, e não da prática em si.** ” (eDOC 7, p. 3-7; grifos originais)

Ao final, a parte agravante pede a reconsideração do *decisum* , “ *com o prosseguimento do feito, e a concessão da ordem quando de seu julgamento de mérito, reconhecendo a **atipicidade** da conduta, dada a configuração de **crime impossível** e a incidência do **princípio da insignificância** , em favor do agravante, com sua conseqüente **absolvição** . Caso superado o juízo de retratação, seja o agravo levado à Turma, em destaque , para que esta lhe dê provimento, e, ao final, conceda a ordem, sanando-se a ilegalidade”* (eDOC 7, p. 11; grifos originais).

Iniciou-se o julgamento virtual perante a Segunda Turma na Sessão de 22 a 29.9.2023. O relator votou no sentido de negar provimento ao presente agravo regimental.

Peço vênua ao eminente relator para **dar provimento ao presente agravo regimental da defesa** , tendo em vista as especificidades do caso, bem como os posicionamentos, sobre a matéria, externados em casos anteriores desta Segunda Turma, os quais também ensejam a superação do não conhecimento desta ordem de *habeas corpus* motivado por eventual supressão de instância.

Ao julgar o HC 153.983/SP, por mim relatado, decisão monocrática, DJe 3.5.2018, acentuei que, após longo processo de formação, marcado por decisões casuais e excepcionais, o princípio da insignificância acabou por solidificar-se como importante instrumento de aprimoramento do Direito Penal, sendo paulatinamente reconhecido pela jurisprudência dos tribunais superiores, em especial a deste Tribunal.

Em casos análogos, esta Suprema Corte tem reconhecido a possibilidade de aplicação do referido princípio. A propósito, menciono os seguintes precedentes: HC 96.822/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, unânime, DJe 7.8.2009; HC 92.988/RS, rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, unânime, DJe 26.6.2009; RHC 140.017/SC, rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, unânime, DJe 27.6.2017; HC 156.041/MG, por mim relatado, decisão monocrática, DJe 15.5.2018; HC 155.920 AgR/MG, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, unânime, DJe 7.10.2020; RHC 194.946 AgR/SC, do qual fui redator do acórdão, Segunda Turma, por maioria, DJe 30.11.2021; RHC 196.815 AgR/SC, do qual fui redator para acórdão, Segunda Turma, DJe 24.2.2022; dentre outros.

Impende destacar, por oportuno, que o princípio da bagatela, como postulado hermenêutico voltado à descriminalização de condutas formalmente típicas, atua, exatamente, sobre a tipicidade.

Embora admita que a tipicidade penal deva ser vista sob o prisma da tipicidade formal, assevero, todavia, que, hodiernamente, ganha relevo a denominada tipicidade material, consoante frisou o Ministro Celso de Mello, ao deferir a ordem no HC 98.152/MG, DJe 5.6.2009:

“(…) o princípio da insignificância que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material, razão pela qual, como bem sustentou a Defensoria Pública da União, a concessão da ordem de *habeas corpus*, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, deveria ter conduzido, necessariamente, (...) à absolvição do acusado em razão da ausência de crime e não à mera extinção da punibilidade dos fatos praticados.”

Para que seja razoável concluir, em cada caso concreto, no sentido da tipicidade, mister se faz a conjugação da tipicidade formal com a material, sob pena de abandonar-se, assim, o desiderato do próprio ordenamento jurídico criminal. Evidenciando o aplicador do direito a presença da tipicidade formal, mas a ausência da material, encontrar-se-á diante de caso manifestamente atípico.

Não é razoável que o Direito Penal e todo o aparelho do Estado-polícia e do Estado-juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância à tentativa de subtração de “ 1 creme dental, 100 g de patê, 1 kit com 3 pares de meia e 1 blusa ” (eDOC 2, p. 1-8; eDOC 7, p. 1).

Isso porque, ante o caráter eminentemente subsidiário que o Direito Penal assume, impõe-se sua intervenção mínima, somente devendo atuar para proteção dos bens jurídicos de maior relevância e transcendência para a vida social. Em outras palavras, não cabe ao Direito Penal, como instrumento de controle mais rígido e duro que é, ocupar-se de condutas insignificantes, que ofendam com o mínimo grau de lesividade o bem jurídico tutelado.

Assim, só cabe ao Direito Penal intervir quando outros ramos do direito demonstrarem-se ineficazes para prevenir práticas delituosas (princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*), limitando-se a punir somente condutas mais graves dirigidas contra os bens jurídicos mais essenciais à sociedade (princípio da fragmentariedade).

Dessarte, insta asseverar, ainda, que, para chegar à tipicidade material, há que se pôr em prática juízo de ponderação entre o dano causado pelo agente e a pena que lhe será imposta como consequência da intervenção penal do Estado. A análise da questão, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, pode justificar, dessa forma, a ilegitimidade da intervenção estatal por meio do Direito Penal.

Nesses termos, tenho que, a despeito de restar patente a existência da tipicidade formal (perfeita adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal), não incide, no caso, a material, que se traduz na lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado, sendo-lhe atípica a conduta imputada.

Nesse contexto, no caso, entendo também relevante o argumento da defesa no sentido de que, “ ***deve ser reconhecida a incidência do princípio da insignificância uma vez que a tentativa de furto teve como objeto bem de valor irrisório, além de os itens nunca terem saído do patrimônio da vítima. Em outras palavras, quer-se dizer: de fato, não houve lesão ao bem jurídico, de maneira que a conduta é materialmente atípica.*** Assim, embora se pontue na decisão recorrida que o valor dos bens (R\$ 124,74) excede a 10% do valor do salário-mínimo vigente à época do fato, ele ainda representa somente ***11,9% do valor, de forma que é igualmente baixo e insignificante*** . Conforme a defesa já argumentou, o parâmetro de comparação ao salário-mínimo é apenas um referencial da jurisprudência, não podendo ser tomado absolutamente” (eDOC 7, p. 5-6; grifos originais).

É por isso que reputo mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa, o fato em si, não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

Ademais, no que concerne à reincidência, a jurisprudência desta Corte assentou a possibilidade de aplicação do princípio da bagatela em casos a envolver reincidentes. Nesse sentido, cito o HC 112.400/RS de minha relatoria, DJe 8.8.2012 e o HC 116.218/MG, de minha relatoria, no qual foi designado redator para o acórdão o Min. Teori Zavascki, DJe 13.12.2013. Menciono, ainda: HC 181.389 AgR/SP, por mim relatado, Segunda Turma, DJe 25.5.2020; RHC 163.611 AgR/MS, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 7.10.2020; HC 201.078 AgR/SP, do qual fui redator para acórdão, Segunda Turma, DJe 27.5.2021; RHC 203.948 AgR/SC, do qual fui redator para acórdão, Segunda Turma, DJe 8.2.2022; HC 216.366/SP, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 28.11.2022; dentre outros.

É que, para aplicação do princípio em comento, somente aspectos de ordem objetiva do fato devem ser analisados. E não poderia ser diferente, levando em conta que o princípio da insignificância atua como verdadeira causa de exclusão da própria tipicidade, equivocadamente 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.

Finalmente, ainda que adotado fundamento diverso (crime impossível), acentue-se que, em primeira instância, o agravante “ **foi absolvido do crime, nos termos do art. 386, III do Código de Processo Penal (atipicidade da conduta), tendo o juiz reconhecido que o caso configura crime impossível (art. 17 do CP)** ” (eDOC 7, p. 2; sentença, eDOC 2, p. 9-16).

Levando em conta as circunstâncias peculiares do caso (tentativa de subtração de “ *1 creme dental, 100 g de patê, 1 kit com 3 pares de meia e 1 blusa* ” (eDOC 2, p. 1-8; eDOC 7, p. 1), entendo que razão assiste à defesa e, assim, reconheço a atipicidade da conduta do agravante.

Portanto, diante dos fundamentos expostos, **dou provimento ao agravo regimental para reconhecer a atipicidade material da conduta, em razão da insignificância no processo penal a que responde o agravante Rodrigo Rosa do Pilar (Proc. 0020377-16.2020.8.16.0019, 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Grossa/PR).**

É como voto.