

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 153.694 MATO GROSSO DO SUL**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**RECTE.(S)** : **CLODOMIRO ANTUNES PALHANO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**RECDO.(A/S)** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

**DECISÃO:** Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por **Clodomiro Antunes Palhano** (eDOC 7, p. 67-85), contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou, por maioria, o HC 407.628/MS (eDOC 7, p. 38-60).

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado porque, juntamente com o adolescente A.B.S., entre os dias 31.7.2008 a 2.8.2008, teria subtraído "*08 (oito) aves (galinhas) e uma leitoa, que posteriormente foi vendida por R\$ 5,00 (cinco reais)*", razão pela qual lhe foi imputada a prática do crime previsto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal (eDOC 1, p. 45-47; eDOC 7, p. 40).

O recorrente foi preso preventivamente em 25.4.2012. Após, revogou-se a custódia cautelar (eDOC 4, p. 21).

O Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã/MS (Ação Penal 0202893-35.2008.8.12.0019), "*tendo em vista o princípio da razoável duração do processo, da dignidade da pessoa humana, e da menor lesividade dos bens apreendidos*", aplicou o princípio da insignificância para absolver o recorrente, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal (eDOC 4, p. 21-22).

Inconformado, o Ministério Público interpôs apelação no TJ/MS, cuja Segunda Câmara Criminal, por maioria, deu provimento ao recurso para

## RHC 153694 / MS

reformular a sentença e determinar o regular prosseguimento do feito, inclusive instrução e prolação de nova sentença (eDOC 5, p. 1-4).

Ainda inconformada, a defesa opôs embargos infringentes e de nulidade, que não foram providos (eDOC 6, p. 11-23).

Houve, então, a impetração do citado HC 407.628/MS no STJ (eDOC 1, p. 22-44), cuja Presidente indeferiu a liminar (eDOC 6, p. 35-38). A Sexta Turma, por sua vez, denegou, por maioria, o *writ* (eDOC 7, p. 38-60).

Daí a interposição do presente RHC (eDOC 7, p. 67-85), sustentando-se, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, tendo em vista a atipicidade da conduta, com fundamento no princípio da insignificância; para tanto, aduz o seguinte:

a) relevância de o réu, ora recorrente, ser tecnicamente primário, possuindo apenas incidências criminais; ainda que assim não fosse, a jurisprudência desta Corte já se posicionou no sentido de que as circunstâncias pessoais do agente não devem ser consideradas para averiguação da tipicidade da conduta;

b) relevância de *“que os fatos aqui discutidos ocorreram há mais de 6 (seis) anos; os bens são de pequeno valor - 08 (oito) galinhas e 1 (uma) leitoa, avaliados, à época, em R\$ 182,00 (cento e oitenta e dois reais – página 19) - e o ora Paciente é tecnicamente primário; logo, se a instrução prosseguisse e, ao final, houvesse condenação, certamente seria aplicada a figura do furto privilegiado, de modo que a pena, em caso tal, não passaria de 02 (dois) anos de reclusão, e em relação a ela ocorreria necessariamente o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva”* (eDOC 7, p. 79);

c) a jurisprudência do STF também já se posicionou no sentido de que não deve ser considerado somente o valor da *res* para aplicação do princípio da insignificância, mas, também, outras peculiaridades do caso

## RHC 153694 / MS

concreto.

O recorrente pede, ao final, o provimento deste RHC para que seja concedida a ordem e determinada a aplicação do princípio da insignificância, com fundamento no artigo 386, III, do CPP (eDOC 7, p. 85).

O Vice-Presidente do STJ determinou a remessa destes autos ao STF (eDOC 7, p. 92).

Apesar de intimado, o MP/MS não ofertou contrarrazões (eDOC 7, p. 98).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento deste RHC (eDOC 10, p. 1-2).

É o relatório.

### **Decido.**

Inicialmente, para melhor compreensão da controvérsia, transcrevo a ementa do acórdão ora recorrido, do STJ:

*“HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DA RES FURTIVA. CONCURSO COM ADOLESCENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA.*

1. Na delimitação do âmbito de aplicação do princípio da insignificância, o juiz deverá ponderar o conjunto de circunstâncias que rodeiam a ação, a fim de estabelecer se o delito, ‘embora se encontre formalmente descrito em um tipo penal, não afeta de maneira relevante o bem jurídico que o tipo protege’ (ABEL CORNEJO. *Teoría de la insignificância*. Buenos

## RHC 153694 / MS

Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 72, tradução livre).

2. Ressaem incontrovertidos da moldura delineada no acórdão os seguintes fatos: a) o acusado subtraiu, entre 31/7/2008 e 2/8/2008, oito galinhas e uma leitoa, avaliadas em R\$ 180,00, de uma pessoa vizinha de chácara; b) o réu responde a outros processos criminais pela suposta prática de crimes contra o patrimônio e c) os delitos foram praticados em concurso com um adolescente.

3. O valor da *res furtiva* corresponde a mais de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos (R\$ 415,00), circunstância que, ante o fato de ser a vítima pessoa física, ilide a incidência do princípio da insignificância, conforme entendimento consolidado desta Corte Superior.

4. Também agrava a reprovabilidade do réu, a afastar o caráter bagatelar de seu comportamento, haver praticado o delito de furto na companhia de adolescente.

5. Ademais, o Tribunal *a quo* destacou que o réu responde a outros processos criminais pela suposta prática de crimes de furto, a caracterizar sua reiteração no cometimento de crimes contra o patrimônio.

6. Ordem denegada." (eDOC 7, p. 38-39)

Conforme relatado, a defesa busca o reconhecimento da insignificância ao crime de furto de oito galinhas e uma leitoa, avaliados em R\$ 182,00 (cento e oitenta e dois reais), àquela época (23.10.2008; laudo de avaliação, eDOC 2, p. 3).

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

Por isso, reconheço plausibilidade à tese sustentada pela defesa.

## RHC 153694 / MS

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.

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 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

## RHC 153694 / MS

diante de caso manifestamente atípico.

Não é razoável que o Direito Penal e todo o aparelho do estado-polícia e do estado-juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância à hipótese de furto de oito galinhas e uma leitoa, avaliados em R\$ 182,00 (cento e oitenta e dois reais). Isso porque, ante o caráter eminentemente subsidiário que o Direito Penal assume, impõe-se sua intervenção mínima, somente devendo atuar para proteção dos bens jurídicos de maior relevância e transcendência para a vida social. Em outras palavras, não cabe ao Direito Penal, como instrumento de controle mais rígido e duro que é, ocupar-se de condutas insignificantes, que ofendam com o mínimo grau de lesividade o bem jurídico tutelado.

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

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

Dessa forma, destaco que, no caso em apreço, o prejuízo material foi insignificante, considerada a avaliação da *res furtiva* no valor de R\$ 182,00 (cento e oitenta e dois reais), bem como o fato de conduta não ter causado lesividade relevante à ordem social, havendo que incidir, por conseguinte, o postulado da bagatela.

Nesses termos, tenho que a despeito de restar patente a existência da

## RHC 153694 / MS

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.

Colhe-se dos autos que o paciente responde pelo cometimento de outros crimes de furto.

No ponto, registro que, na Turma, tenho-me posicionado, juntamente com Sua Excelência o Ministro Celso de Mello, no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da bagatela em casos a envolver reincidentes. Nesse sentido, cito o HC 112.400/RS de minha relatoria, DJe 8.8.2012 e o HC 116.218/MG, de minha relatoria, no qual foi designado redator para o acórdão o Min. Teori Zavascki, DJe 13.12.2013. 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, 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.

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.

É certo, todavia, que as Turmas do STF já se posicionaram no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada: HC 97.007/SP, rel.

## RHC 153694 / MS

Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 31.3.2011; HC 101.998/MG, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 22.3.2011; HC 103.359/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 6.8.2010 e HC 102.088/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 21.5.2010, dentre outros.

Com relação a esse aspecto, respeito esse entendimento no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada, contudo, levando em conta as circunstâncias peculiares do caso (valor ínfimo de R\$ 182,00 e ausência de violência), entendo que razão assiste à defesa e, assim, reconheço a atipicidade da conduta do recorrente.

Diante do exposto, com fundamento no art. 312, c/c o art. 192, *caput*, do RI/STF, **dou provimento** ao presente RHC para **conceder a ordem e determinar a absolvição do recorrente**, com fundamento no artigo 386, inciso III, do CPP.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã/MS (Ação Penal 0202893-35.2008.8.12.0019).

Publique-se.

Brasília, 17 de maio de 2018.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

*Documento assinado digitalmente.*