

## OS "TRÊS LADRÕES" E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL<sup>1</sup>

No dia 10 de dezembro do ano passado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento conjunto de três Habeas Corpus (n.ºs. 123734, 123533 e 123108) que tratavam da aplicação do Princípio da Insignificância em casos de furto. Os processos foram remetidos ao Plenário por deliberação da Primeira Turma, visando uniformizar a jurisprudência do Tribunal sobre a matéria.

Naquela sessão proferiu voto o relator, Ministro Luís Roberto Barroso. Ele argumentou que a ausência de critérios claros quanto ao referido princípio gerava o risco de casuísmos e agravava as condições gerais do sistema prisional. O Ministro lembrou que a então jurisprudência do Supremo para a aplicação do princípio levava em consideração os seguintes critérios:

- 1) O reconhecimento de mínima ofensividade;
- 2) A inexistência de periculosidade social;
- 3) O reduzidíssimo grau de reprovabilidade e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ele observou também que a jurisprudência do Supremo afastava a incidência do princípio da insignificância nos casos de reincidência e de furto qualificado. Em seu entendimento, tais critérios podem promover aumento no encarceramento de condenados por crimes de menor potencial ofensivo, defendendo que nem a reincidência, nem a modalidade qualificada do furto deveriam impedir a

---

1 Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Autor das obras "Curso Temático de Direito Processual Penal" e "Comentários à Lei Maria da Penha" (este em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 e 2014, respectivamente (Curitiba); "A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares" (2011), "Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo" (2013), "Uma Crítica à Teoria Geral do Processo" e "A Nova Lei de Organização Criminosa", publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), "O Procedimento Comum: Ordinário, Sumário e Sumaríssimo", Florianópolis, Editora Empório do Direito", 2015, além de coordenador do livro "Leituras Complementares de Direito Processual Penal" (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil. <http://lattes.cnpq.br/1941942099090348>

aplicação do princípio da insignificância. Segundo ele, o afastamento deveriam ser objeto de motivação específica, como o número de reincidências ou a especial reprovabilidade decorrente de qualificadoras. Observou ainda que, para a caracterização da reincidência múltipla, além do trânsito em julgado, as condenações anteriores devem tratar de crimes da mesma espécie.

Propôs, então, que, mesmo quando a insignificância fosse afastada, o encarceramento deveria ser fixado em regime inicial aberto domiciliar, substituindo-se, como regra, a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo em caso de réu reincidente, admitida a regressão em caso de inobservância das condições impostas. Para o ministro, a utilização da pena de reclusão como regra representa sanção desproporcional, excessiva e geradora de malefícios superiores aos benefícios. Desse modo, o Ministro votou pela concessão da ordem para reconhecer a atipicidade material da conduta, aplicando o princípio da insignificância.

O Habeas Corpus nº. 123108, que serviu de parâmetro para o julgamento, se referia a condenado a um ano de reclusão, com regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa pelo furto de uma sandália de borracha no valor de R\$ 16. Apesar do valor ínfimo e da devolução do objeto, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou provimento à apelação porque o réu havia sido condenado em outra ocasião.

No Habeas Corpus nº. 123734, o réu foi condenado à pena de um ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de cinco dias-multa, pela tentativa de furto de 15 bombons artesanais no valor de R\$ 30. O princípio não foi aplicado porque se tratava de furto qualificado, com escalada e rompimento de obstáculos. A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública. Mantida a decisão em segundo grau, a Defensoria Pública da União recorreu.

Já no Habeas Corpus nº. 123533, a ré foi condenada a dois anos de reclusão – sem substituição por restritiva de direitos – pelo furto de dois sabonetes líquidos íntimos, no valor de R\$ 48. O princípio da insignificância não foi aplicado porque o furto foi qualificado e houve concurso de agentes.

O julgamento foi adiado em razão de um pedido de vista do Ministro Teori Zavascki e deveria ter sido retomado no dia 17 de dezembro de 2014. Nada obstante tratar-se de um processo de Habeas Corpus, apenas agora, dia 03 de agosto de 2015, foi apresentado o voto-vista do Ministro (pasmem!).

Distorções à parte, com a apresentação do voto-vista do Ministro Teori Zavascki, o Plenário entendeu, por maioria, que a aplicação ou não desse princípio deve ser analisada caso a caso pelo Juiz de primeira instância e que a Corte não deve fixar tese sobre o tema.

Em seu voto, o Ministro Teori Zavascki observou que os casos concretos analisados no julgamento têm algum tipo de circunstância agravante, como a qualificação do crime por rompimento de barreira ou reincidência.

Segundo ele, embora se possa afirmar que a vítima pode recorrer à Justiça para buscar a reparação civil, exatamente pelo baixo valor dos objetos furtados e das condições dos autores, essa possibilidade seria meramente formal.

Salientou que, adotar o Princípio da Insignificância indiscriminadamente em casos de pequenos furtos, com qualificadora ou reincidência, seria tornar a conduta penalmente lícita e também imune a qualquer espécie de repressão estatal: *“É preciso que o Tribunal tenha presente as consequências jurídicas e sociais que decorrem de um juízo de atipicidade em casos como estes. Negar a tipicidade destas condutas seria afirmar que, do ponto de vista penal, seriam lícitas.”*

No entendimento do Ministro, é inegável que a conduta – cometimento de pequenos furtos – não é socialmente aceita e que, ante a inação do Estado, a sociedade pode começar a se proteger e buscar fazer *"justiça com as próprias mãos"*. Argumentou, ainda, que a pretexto de proteger o agente, a imunização da conduta acabará deixando-o exposto a situação de justiça privada, com consequências imprevisíveis e provavelmente mais graves: *“O Judiciário não pode, com sua inação, abrir espaço para quem o socorra. É justamente em situações como esta que se deve privilegiar o papel do juiz da causa, a quem cabe avaliar em cada caso concreto a aplicação, em dosagem adequada, seja do princípio da insignificância, seja o princípio constitucional da individualização da pena”*.

Ao final do julgamento, foi concedidos de ofício os Habeas Corpus n.ºs. 123108 e 123533, neste, para converter o regime prisional em aberto (mantida a condenação, portanto). No Habeas Corpus n.º. 123734, não foi concedida a ordem de ofício porque a pena de reclusão já havia sido substituída por prestação de serviços à comunidade (também o paciente manteve-se como condenado).

O relator, Ministro Roberto Barroso, reajustou o voto proferido anteriormente para acompanhar o Ministro Teori Zavascki. Ficaram parcialmente vencidos os Ministros Edson Fachin, a Ministra Rosa Weber e o Ministro Celso de Mello.

Pois bem.

Se já era um grave equívoco, do ponto de vista da Teoria Geral do Crime, adotar aqueles três critérios exigidos pelo Supremo Tribunal Federal para admitir o Princípio da Insignificância (uma verdadeira "jabuticabada"), a situação agravou-se com esta definitiva decisão do Plenário.

Em primeiro lugar, sabe-se que tal princípio foi desenvolvido por Claus Roxin, na década de 60, a partir do Princípio da Adequação Social, anteriormente criado por Welzel. Segundo Roxin, em linhas gerais, obviamente, era necessário introduzir no sistema penal um outro princípio que permitisse, em alguns tipos penais, excluir os danos de pouca importância, pois, como diz, Ferrajoli, *“la necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento*

*de tutela y constituye su principal límite axiológico externo. Palabras como 'lesión', 'daño' y 'bien jurídico' son claramente valorativas.*"<sup>2</sup>

Ora, se a conduta do agente não lesa (ofende) o bem jurídico tutelado, não causando nenhum dano, ou, no máximo, um dano absolutamente insignificante, não há fato a punir por absoluta inexistência de tipicidade, pois *"la conducta que se incrimine ha de ser inequívocamente lesiva para aquellos valores e intereses expresivos de genuínos 'bienes jurídicos'."*<sup>3</sup>

Como dissemos acima, *"el origen del estudio de la insignificancia se remonta al año 1964, cuando Claus Roxin formuló una primigenia enunciación, la que fuera reforzada – desde que se contemplaba idéntico objeto – por Claus Tiedemann, con el apelativo de delitos de bagatela."*<sup>4</sup>

Evidentemente, que não se pode afastar este princípio geral do Direito Penal, como fez o Ministro Teori, invocando de forma genérica *"consequências jurídicas e sociais que decorrem de um juízo de atipicidade"*, agravantes, qualificadoras, reincidência, etc., etc., alheando-se da dogmática penal (o que é uma tremenda e imperdoável irresponsabilidade jurídica!).

A decisão foi um verdadeiro "lavar de mãos" do Supremo Tribunal Federal que "condenou" três "perigosos ladrões": um de uma sandália de borracha no valor de R\$ 16; outro de 15 bombons artesanais no valor de R\$ 30 e um terceiro "meliante" de dois sabonetes líquidos íntimos, no valor de R\$ 48.

---

<sup>2</sup> Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 467.

<sup>3</sup> Antonio Garcia-Pablos, Derecho Penal – Introducción, Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1995, 265.

<sup>4</sup> Enrique Ulises García Vitor, La Insignificancia en el Derecho Penal, Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 20.