

VOTO DIVERGENTE

O Senhor Ministro Edson Fachin : 1. Senhor Presidente, eminentes pares, rogo vênias ao eminente Relator, mas ousou dissentir do caminho adotado por Sua Excelência para a controvérsia posta nos presentes autos.

2. É que, a despeito de seu laborioso voto e dos judiciosos fundamentos lançados no acórdão hostilizado, penso tratar-se de flagrante ilegalidade a persecução penal movida em desfavor do recorrente e a movimentação de toda estrutura do Ministério Público, seja como órgão de acusação seja como custos juris , bem como do Poder Judiciário, em razão da subtração de três pacotes de lenço umedecido e uma lata de leite em pó, avaliados em R\$ 31,00 cada , a despeito da existência de outras ações penais contra o réu e das circunstâncias específicas do crime (delito praticado durante o repouso noturno e com rompimento de obstáculo).

Do que depreendo dos autos, o paciente foi processado e condenado por suposto enquadramento na figura típica prevista no art. 155, §1º e §4º, inciso I, do CP tendo em vista que, consoante constou na exordial acusatória, “no dia 14 de fevereiro de 2021, por volta das 00h, na Farmácia Preço Popular, situada na rua Anita Garibaldi, Centro, Concórdia/SC, o denunciado -----, com o firme propósito de se assenhorar de patrimônio alheio, subtraiu, para si, com rompimento de obstáculo, e durante repouso noturno, dois pacotes de lenços umedecidos, avaliados em R\$ 31, 00, cada. [...] Na mesma data e local, por volta das 7h29min, o -----, com o firme propósito de se assenhorar de patrimônio alheio, retornou ao estabelecimento e subtraiu, para si, mais um pacote de lenço umedecido, bem como uma lata de leite em pó, avaliados em R\$31,00 (trinta e um reais) cada, também logrando êxito em sair do estabelecimento, na posse da coisa subtraída.

Embora reconhecida a pequena monta da res furtiva , a incidência do princípio da insignificância foi refutada pelo ato coator, ao consignar que “no presente caso, verifica-se que a Corte de origem invocou fundamentos para determinar o prosseguimento da ação penal que estão em sintonia com o entendimento deste Sodalicio, cuja jurisprudência é firme no sentido de que a prática de furto qualificado denota, a priori, maior reprovabilidade da conduta a obstar a incidência da bagatela, notadamente porque afere-se dos autos que o paciente, ora agravante, embora seja tecnicamente primário,

responde a outras ações penais pelo mesmo delito, a indicar a habitualidade delitiva que reforça ainda mais a necessidade de prosseguimento da persecução penal, em que pese o pequeno valor dos bens furtados” (eDOC. 35, p. 1).

Tal entendimento, contudo, contrasta com a consolidada jurisprudência desta Suprema Corte quanto ao tema.

Primeiramente, é de se pontuar que o fato de o delito em tela ter sido praticado mediante rompimento de obstáculo e repouso noturno, em vista do substrato fático constante dos autos, é irrelevante para ao exame que ora se realiza, notadamente considerando que, como já asseverou o Plenário desta Corte, em casos análogos ao presente, a existência de circunstâncias qualificadoras ou agravantes não impedem, por si só, o reconhecimento de atipia material (HC’s 123.108, 123.533 e 123.734, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 01.02.2016), quando presentes os requisitos do princípio bagatelar.

Na mesma direção, tampouco a anotada existência de anterior condenação criminal, inviabiliza, por si só, a incidência do princípio da insignificância. Nesse sentido, aliás, é o precedente do Plenário desta Suprema Corte:

“ PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (conglobante), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto.” (HC 123108, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08 /2015)

Por fim, acrescento ainda que o caso concreto revela mais um problema de ordem social do que, propriamente, de necessidade de intervenção do Direito Penal.

Na linha do que aqui me refiro, menciono ainda os seguintes julgados, de ambas as Turmas:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA E INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA PROVOCADA. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. O valor irrisório do bem furtado, a primariedade da Recorrente e a ausência de violência ou de grave ameaça autorizam, na hipótese, a aplicação do princípio da insignificância. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (RHC 210083 AgR, Relator(a) Min. Rosa Weber, DJe 08.03.2022)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. BOTIJÃO DE GÁS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO CASO. RÉU PRIMÁRIO. RESTITUIÇÃO DO BEM À VÍTIMA. MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. IRRELEVÂNCIA PENAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO: TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (HC 190263 AgR, Relator(a) Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 30.11.2020)

3. Em sendo esse o quadro, Senhor Presidente, dou provimento ao agravo regimental, para prover o recurso ordinário em habeas corpus, e, por conseguinte, trancar a ação pena em curso contra o recorrente, ora agravante, quanto a prática da conduta prevista no artigo 155, §§ 1º e 4º, I, do Código Penal, porquanto, pelo princípio da insignificância, reconhecida a atipicidade material de sua conduta.

É como voto.