

**Penal e processual penal - *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário - Utilização do remédio constitucional como sucedâneo de recurso - Não conhecimento do *writ* - Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - Tentativa de furto de uma galinha, avaliada em R\$ 30,00 (trinta reais) - Princípio da insignificância - Incidência - Ausência de tipicidade material - Inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado - Precedentes do STJ - Existência de manifesta ilegalidade, a ensejar a concessão de *habeas corpus*, de ofício - Ordem não conhecida - Concessão de *habeas corpus*, de ofício**

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido *habeas corpus* “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os *HCs* 109.956/PR (*DJe* de 11.09.2012) e 104.045/RJ (*DJe* de 06.09.2012), considerou inadequado o *writ*, para substituir recurso ordinário constitucional, em *habeas corpus* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do *habeas corpus*, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido *habeas corpus*, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. A tentativa de subtrair uma galinha, avaliada em R\$ 30,00 (trinta reais), “embora se amolde à definição jurídica do crime de furto tentado, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a

imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva” (STJ, HC 78.837/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJe de 26.05.2008).

VI. Embora, no caso, o réu seja primário, vale destacar que “Não é empecilho à aplicação do princípio da insignificância a existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, a teor de pronunciamentos das duas Turmas integrantes da Terceira Seção (HC n. 206.754/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 22.06.2011)” (STJ, AgRg no HC 192.790/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe de 05.09.2012).

VII. *Habeas corpus* não conhecido.

VIII. Ordem concedida, de ofício, para, aplicando o princípio da insignificância, determinar o trancamento da Ação Penal 0020.238-98.2012.8.13.0287, movida contra o paciente, perante a Comarca de Guaxupé/MG, em face da atipicidade material da conduta.

**HABEAS CORPUS Nº 243.958 - MG (2012/0109945-0)**  
- **Relatora: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Advogado: Nádia de Souza Campos - Defensora Pública - Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Leandro de Souza Aprígio.

### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2012 (data do julgamento). - *Ministra Assusete Magalhães* - Relatora.

### Relatório

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES - Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de Leandro de Souza Aprígio, denunciado pela prática de furto tentado (art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal).

Insurge-se a impetrante contra acórdão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, por maioria, denegou a ordem ali impetrada (HC 1.0000.12.057438-9/00), ao afastar a aplicação do princípio da insignificância, no tocante à tentativa de furto de uma galinha, avaliada em R\$ 30,00 (trinta reais).

Sustenta, em síntese, a atipicidade da conduta, em razão da insignificância da *res furtiva*. Argumenta que, “Diante do reconhecimento da atipicidade dos fatos praticados, pouco importa seja ele ou não portador de maus antecedentes, ou mesmo reincidente, o que não ocorre neste caso, pois o paciente é primário” (f. 8e).

Por tais motivos, requer, liminarmente, o sobrestamento da ação penal, e, no mérito, a concessão da ordem, para que seja reconhecida a atipicidade do fato imputado ao paciente, determinando-se o trancamento da ação penal.

Em sede de cognição sumária, o pedido de liminar foi indeferido, às f. 82/83e, pela Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJPE).

Solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, foram devidamente prestadas (f. 88/103e e 105/120e).

O Ministério Público Federal, em parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República, Flávio Giron, opinou pela concessão da ordem (f. 123/126e).

É o relatório.

### Voto

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora) - Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso ordinário, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, em sede de *habeas corpus* denegatório, nos termos do art. 105, II, a, da Constituição Federal.

Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido *habeas corpus* “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, prevendo o art. 105, II, a, da CF/88 o cabimento de recurso ordinário, para o STJ, em caso de denegação de *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Dentre as hipóteses de cabimento de *habeas corpus*, portanto, não se insere o uso do remédio constitucional para substituir o recurso ordinário, tampouco o recurso especial ou a revisão criminal.

Esse entendimento foi manifestado recentemente, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em 07.08.2012, do HC 109.956/PR (Rel. Min. Marco Aurélio, maioria, DJe de 11.09.2012), no qual se considerou inadequado o *writ*, para substituir recurso

ordinário constitucional, em *habeas corpus* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme noticiado no Informativo 674:

É inadmissível impetração de *habeas corpus* quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no caso acima, a 1ª Turma, por maioria, reputou inadequada a via do *habeas corpus* como substitutivo de recurso. Vencido o Min. Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do *writ*.

O acórdão do referido julgado restou assim ementado:

*Habeas corpus*. Julgamento por Tribunal Superior. Impugnação. - A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. Processo-crime. Diligências. Inadequação. - Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferir-las (STF, HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 11.09.2012).

No mesmo sentido, a 1ª Turma da Suprema Corte, em 21.08.2012, em caso semelhante, no *Habeas Corpus* 104.045/RJ (Rel. Min. Rosa Weber, unânime), considerou inadequada a via eleita, como substitutiva de recurso ordinário, contra denegação de *habeas corpus*, pelo STJ (DJe de 06.09.2012).

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux negou seguimento, por decisão monocrática, ao HC 114.550/AC (DJe de 24.08.2012), com a seguinte fundamentação:

Outrossim, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

[...]

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

*In casu*, os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgRg, Rel. o Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 01.10.199, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

Protesto judicial formulado contra deputado federal. Medida destituída de caráter penal (CPC, art. 867). Ausência de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Recurso de agravo improvido. A prerrogativa de foro - unicamente invocável nos procedimentos de caráter penal - não se estende às causas de natureza civil. - As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra membros do Congresso Nacional, não se incluem na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes.

A competência do Supremo Tribunal Federal - cujos fundamentos repousam na Constituição da República - submete-se a regime de direito estrito. - A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes.

O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes.

Destarte, afigura-se flagrantemente paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República.

E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar

e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescentar que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a correção de rumos, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC n. 109.956, que capitaneou a mudança de entendimento na Segunda Turma, *verbis*:

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea a, e 105, inciso II, alínea a, tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpra implementar - visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário - a correção de rumos. Consigno que, no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.

*Ex positis*, não vislumbrando no ato impugnado teratologia que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem, nego seguimento ao *writ*, por manifesta e inarredável incompetência do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 38 da Lei n. 8.038/90.

Na mesma linha, também se manifestou o Ministro Dias Toffoli, ao negar seguimento ao HC 114.924/RJ, consoante decisão publicada no DJe de 28.08.2012, *in verbis*:

Há óbice jurídico-processual para o conhecimento do *habeas corpus*.

No caso, a impetração foi manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional, prescrito no art. 102, inciso II, alínea a da Carta da República, o que esbarra na decisão da Primeira Turma que, em sessão extraordinária datada de 07.08.12, assentou, quando do julgamento do HC n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário.

Segundo aquele dispositivo constitucional, compete a este Supremo Tribunal julgar, em recurso ordinário, 'o *habeas-corpus*, o mandado de segurança, o *habeas-data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão'.

Conforme expressamente consignado pelo eminente relator naquela assentada, 'o *habeas corpus* substitutivo do recurso

ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea a, e 105, inciso II, alínea a, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por Tribunal Superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça contra ato de Tribunal Regional Federal e de Tribunal de Justiça' (HC n.º 108.715/RJ).

Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do *habeas corpus* como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea a da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos.

Ressalvo, ademais, meu entendimento pessoal, já consignado em sentido contrário naquele julgamento, pelo cabimento do *habeas corpus* substitutivo nesses casos. Contudo, adoto o entendimento do colegiado e o aplico à espécie.

Ante o exposto, entendendo não demonstrada, satisfatoriamente, nenhuma ilegalidade flagrante apta a ensejar uma concessão de ofício, nos termos do art. 38 da Lei n.º 8.038/90 e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao presente *habeas corpus*.

O Superior Tribunal de Justiça tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do *habeas corpus*, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna.

Confiram-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Decreto condenatório transitado em julgado. Impetração que deve ser compreendida dentro dos limites recursais. Tráfico de drogas. Pleito de aplicação do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. Paciente que se dedica a atividade criminosa. Conclusão contrária inviável. Necessidade de revolvimento do conjunto fático probatório. Impossibilidade na via eleita. Substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Requisito objetivo não preenchido. Regime prisional mais brando não aplicável à hipótese. Inexistência de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada. Ordem denegada. - I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*. II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22.12.2009, DJe n.º 19, divulgado em 01.02.2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17.08.2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via

do *habeas corpus* para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal". III. No caso dos autos, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto a eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta ao réu, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico. IV. Hipótese na qual o Colegiado Estadual concluiu que o paciente se dedicava a atividade criminosa, o que, por si só, obsta a aplicação da causa de diminuição de pena, consoante se extrai do art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006, sendo certo que conclusão em sentido contrário, como requer o impetrante, demanda, em princípio, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do *habeas corpus*. V. O exame da dosimetria da pena, em sede de *mandamus*, somente é possível caso evidenciado eventual descerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade, causando prejuízo ao réu, o que não se verifica no caso. VI. O pleito de substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos não é cabível, uma vez que, tendo a pena imposta ao paciente sido superior a 4 anos de reclusão, não resta preenchido o requisito objetivo necessário para a concessão da benesse pleiteada. VII. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastada a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições. VIII. Evidenciado que a causa de diminuição de pena constante no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não foi aplicada ao paciente, tendo em vista que o mesmo se dedicava a atividade criminosa, o que, somado ao montante de pena fixado, impediu, também, a substituição da reprimenda, não há que se falar em fixação de regime prisional diverso do mais gravoso, obedecendo-se o disposto na Lei n.º 11.464/2007. IX. Inexistência, na hipótese, de flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, restando, assim, caracterizado o uso inadequado do instrumento constitutivo. X. Ordem denegada (STJ, HC 213.935/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, DJe de 22.08.2012).

*Habeas corpus*. Homicídio. Condenação. Apelação julgada. *Writ* substitutivo de recurso especial. Inviabilidade. Via inadequada. Dosimetria da pena. Ilegalidade flagrante. Súmula nº 444 desta Corte. Regime prisional. Pedido prejudicado. Concessão parcial. - 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial. 2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. 3. *In casu*, há manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da sanção, eis que a pena-base foi acrescida, em razão dos maus antecedentes, sem que houvesse condenação definitiva contra o paciente. Incidência da Súmula nº 444 desta Corte. 4. O pedido de alteração do regime prisional encontra-se prejudicado, pois a paciente já cumpre pena no regime aberto.

5. *Writ* parcialmente prejudicado e, no mais, concedido para reduzir a reprimenda imposta (STJ, HC 150.499/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 27.08.2012).

Pelo exposto, o presente *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, não merece ser conhecido.

Em caso de *habeas corpus* substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

*In casu*, entendo que há manifesto constrangimento ilegal, passível da concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Consoante relatado, pretende-se a aplicação do princípio da insignificância, para o reconhecimento da atipicidade da conduta atribuída ao paciente, em razão da tentativa de furto, em 12.03.2011, de uma galinha, avaliada em R\$ 30,00 (trinta reais), pertencente a Robson Reis de Alfenas.

O tema a respeito da aplicação do referido princípio é bastante controvertido, tanto na doutrina, como na jurisprudência pátria.

A moderna doutrina desmembra a tipicidade penal, necessária à caracterização do fato típico, em três aspectos: o formal, o subjetivo e o material.

O aspecto formal (ou objetivo) consiste na perfeita subsunção da conduta ao tipo previsto na norma penal, possuindo como elementos: conduta humana voluntária, resultado jurídico, nexos de causalidade e adequação formal.

O aspecto subjetivo expressa o caráter psicológico do agente, consistente no dolo.

Na tipicidade material (ou normativa), por fim, verifica-se se a conduta - formalmente típica e subjetiva - possui relevância penal, em face da significância da lesão provocada ao bem jurídico tutelado, observando-se o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, do qual se exige ser real, intolerável, grave e significativo.

Duas, portanto, são as suas hipóteses: a insignificância da conduta (aceitação social) e a insignificância do resultado (lesão irrelevante).

Implica dizer que a intervenção do direito penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano impregnado de significativa lesividade ou que a conduta seja desaprovada socialmente.

Não havendo, portanto, a tipicidade material, mas apenas a formal, a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, em conseqüência, a intervenção da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima.

Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 84.412/SP, da relatoria do Ministro Celso de Mello, concluiu, para a incidência do princípio da insignificância, ser necessária a

incidência de quatro vetores, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Segundo o Relator, “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” (HC 84.412/SP, DJU de 19.11.2004).

No caso, tenho como impositiva a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que se trata, conforme relatado, da tentativa de furto de uma galinha, avaliada em R\$ 30,00 (trinta reais).

A conduta do réu, embora se subsuma à definição jurídica do crime de furto tentado e se amolde à tipicidade subjetiva, uma vez que presente o dolo, não ultrapassa a análise da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que, embora existente o desvalor da ação - por ter praticado uma conduta relevante -, o resultado jurídico, ou seja, a lesão, é absolutamente irrelevante. É dizer, nos termos do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, a lesão ao bem jurídico revelou-se inexpressiva.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados, *in verbis*:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Princípio da insignificância. Furto qualificado. Condições pessoais desfavoráveis. Desconsideração para efeitos de tipicidade da conduta. Agravo não provido. - 1. Não há como reconhecer presente a tipicidade material, que consiste na relevância penal da conduta e do resultado típicos em face da significância da lesão produzida ao bem jurídico tutelado pelo Estado. Isso porque o objeto do delito - R\$ 12,75 em pecúnia - possui valor ínfimo, tendo, inclusive, sido restituído à vítima o que evidencia a hígidez do acórdão recorrido que manteve a sentença absolutória. 2. A existência de circunstâncias de caráter pessoal desfavoráveis, tais como o registro de processos criminais em andamento, a existência de antecedentes criminais ou mesmo eventual reincidência não são óbices, por si só, ao reconhecimento do princípio da insignificância. 3. O princípio da insignificância opera diretamente no tipo penal, que na hodierna estrutura funcionalista da teoria do crime, leva em consideração, entre outros, o desvalor da conduta e o desvalor do resultado. 4. Nesse viés, as condições pessoais do possível autor, tais como reincidência, maus antecedentes, comportamento social etc, não são consideradas para definir a tipicidade da conduta. Tais elementos serão aferidos, se caso, quando da fixação da eventual e futura pena. 5. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.305.209/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe de 22.08.2012)

Direito penal. *Habeas corpus*. Furto. Frasco de condicionador de cabelo. Bem recuperado. Valor irrisório (R\$ 9,90). Princípio da insignificância. Atipicidade material. Constrangimento ilegal. Reconhecimento. - 1. Consoante entendimento jurisprudencial, 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. [...] 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 (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004) 2. No caso, subtraiu-se um frasco de condicionador para cabelo pertencente a uma perfumaria, tendo sido a *res recuperada*, sem prejuízo material para a vítima. Reconhece-se, então, o caráter bagatelar do comportamento imputado, não havendo falar em afetação do bem jurídico patrimônio. 3. Ordem concedida para, reconhecendo a atipicidade material, cassar o édito condenatório (STJ, HC 232.293/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 27.08.2012).

*Habeas corpus*. Furto qualificado. Ausência da tipicidade material. Inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. - 1. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Inocorrência de tipicidade material, mas apenas a formal, quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima. É o chamado princípio da insignificância. 2. Reconhece-se a aplicação do referido princípio quando verificadas “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada” (HC 84.412/SP, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ de 19.11.2004). 3. No caso, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento do paciente, que subtraiu 2 (duas) galinhas, 2 (dois) galos e 2 (dois) frangos, avaliados em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), sendo de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta. 4. Ordem concedida a fim de, aplicando o princípio da insignificância, absolver o paciente na Ação Penal nº 018.2007.003.293-5, que tramitou perante a 4ª Vara da Comarca de Guarabira/PB (STJ, HC 230.258/PB, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, DJe de 28.03.2012).

*Habeas corpus*. Tentativa de furto qualificado. Trancamento da ação penal. Princípio da insignificância. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida. - 1. Embora atualmente, em razão do alto índice de criminalidade e da consequente intranquilidade social, o Direito Penal brasileiro venha apresentando características mais intervencionistas, persiste o seu caráter fragmentário e subsidiário, dependendo a sua atuação da existência de ofensa a bem jurídico relevante, não defendido de forma eficaz por outros ramos do direito, de maneira que se mostre necessária a imposição de sanção penal. 2. Em determinadas hipóteses, aplicável o princípio da insignificância, que deve ter em conta a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3. No caso em apreço, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento dos pacientes que subtraíram 16 galinhas avaliadas em R\$ 32,00 (trinta e dois reais), valendo ressaltar que os referidos bens foram resti-

tuidos à vítima, mostrando-se, portanto, de rigor o reconhecimento da atipicidade das condutas. 4. *Habeas corpus* concedido para, aplicando o princípio da insignificância, trancar a ação penal de que se cuida, pela atipicidade das condutas (STJ, HC 201.439/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), 6ª Turma, DJe de 10.08.2011).

Embora, no caso, o réu seja primário, vale ressaltar que “Não é empecilho à aplicação do princípio da insignificância a existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, a teor de pronunciamentos das duas Turmas integrantes da Terceira Seção (HC n. 206.754/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 22.06.11)” (STJ, AgRg no HC 192.790/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe de 05.09.2012).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Porém, concedo a ordem, de ofício, para, aplicando o princípio da insignificância, determinar o trancamento da Ação Penal 0020.238-98.2012.8.13.0287, movida contra o paciente, perante a Comarca de Guaxupé/MG, em face da atipicidade material da conduta.

É como voto.

#### **Certidão**

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.”

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 18 de setembro de 2012. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no DJe de 06.11.2012.)

...