

A DESCONSIDERAÇÃO DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA NO HABEAS CORPUS 699572/SP: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Carlos Daniel Saurini Coelho¹
Tauã Lima Verdan Rangel²

RESUMO

O princípio da insignificância atua de forma a tutelar os agentes que cometem atos ilícitos que não afetam gravemente a sociedade. Este princípio pode ser aplicado em casos em que a atitude do agente não gera danos expressivos ou prejuízos graves a terceiro. É o caso do *Habeas Corpus* 699572/SP (2021/0326300-9) concedido em um caso em que a agente furtou alguns itens de baixo valor em um supermercado. Além da possibilidade da aplicação deste princípio, durante a análise deste *Habeas Corpus* nota-se que a ré é reincidente, trazendo a preocupação com outras questões a serem aplicadas. Na situação em questão, a acusada alegou ter furtado dois refrigerantes, dois sachês de refresco em pó e dois pacotes de macarrão instantâneo devido à sua extrema pobreza e falta de alimentos básicos. Observando as possibilidades de aplicação do princípio da insignificância o objetivo geral da pesquisa foi analisar em que medida a reincidência no crime de furto pode ser desconsiderada frente ao princípio da insignificância no caso do HC 699572/SP. Os objetivos específicos foram: analisar a ocorrência do HC 699572/SP e os fatores que possibilitaram a aplicação de princípio da insignificância; compreender os limites da aplicação do Instituto da reincidência no caso em questão; relacionar a ocorrência de furto simples de alimentos ao Estado de Necessidade previsto no Código Penal. Para tanto, a pesquisa foi exploratória e descritiva, com base em análise bibliográfica e documental de abordagem qualitativa. Concluiu-se que embora haja reincidência, deve haver a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Para tanto, deve-se levar em consideração o contexto de desigualdade social no país, que impede o alcance de determinada população às necessidades básicas.

Palavras-chave: Reincidência Penal; Princípio da Insignificância; Direito Penal; Entendimento Jurisprudencial.

ABSTRACT

The principle of insignificance acts to protect agents who commit illicit acts that do not seriously affect society. This principle can be applied in cases where the agent's attitude does not cause significant damage or serious harm to a third party. This is the case of *Habeas Corpus* 699572/SP (2021/0326300-9) granted in a case in which the agent stole some low-value items from a supermarket. In addition to the possibility of applying this principle, during the analysis of this *Habeas Corpus* it is noted that the defendant is a repeat offender, raising concerns about other issues to be applied. In the situation in question, the accused claimed to have stolen two soft drinks, two sachets of powdered soft drink and two packets of instant noodles due to her extreme poverty and lack of basic food. Observing the possibilities of applying the principle of insignificance, the general objective of the research was to analyze the extent to which recidivism in the crime of theft can be disregarded in light of the principle of insignificance in the case of HC 699572/SP. The specific objectives were: to analyze the occurrence of HC 699572/SP and the factors that enabled the application of the principle of insignificance; understand the limits of the

¹ Graduando do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). E-mail: saurinicoelho@gmail.com.

² Professor Orientador. Estudos Pós-Doutorais em Sociologia Política pela Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Doutorado e mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Faces e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito”, vinculado à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Correio Eletrônico: taua_verdan2@hotmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8802878793841195

application of the Institute of recidivism in the case in question; relate the occurrence of simple food theft to the State of Necessity provided for in the Penal Code. To this end, the research was exploratory and descriptive, based on bibliographic and documentary analysis with a qualitative approach. It was concluded that although there is recurrence, there must be the possibility of applying the principle of insignificance. To this end, the context of social inequality in the country must be taken into account, which prevents a certain population from meeting basic needs.

Keywords: Criminal Recidivism; Principle of Insignificance; Criminal Law; Jurisprudential Understanding.

1 INTRODUÇÃO

Como um dos diversos temas do Direito Penal, a Psicologia e a Criminologia Jurídicas permitem uma análise sobre a ocorrência de delitos, suas causas e agentes. Embora diversos tipos de crimes estejam previstos no Código Penal, a circunstância da sua ocorrência deve ser analisada em cada caso concreto, sem exceção. Esta análise possibilita ao judiciário que conheça do delito em questão e aplique uma pena cabível, ou, em alguns casos, reconheça que não há gravidade suficiente para que haja uma punição. Seguindo esta premissa, o princípio da insignificância atua de forma a tutelar os agentes que cometem atos ilícitos que não afetam gravemente a sociedade. Este princípio pode ser aplicado em casos em que a atitude do agente não gera danos expressivos ou prejuízos graves a terceiro. Assim sendo, é o caso do *Habeas Corpus* 699572/SP (2021/0326300-9), concedido em um caso em que a agente furtou alguns itens de baixo valor em um supermercado.

Em suma, foi apresentado um pedido de *Habeas Corpus* em relação a um julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que a mulher foi detida em flagrante sob a acusação de cometer furto simples, crime previsto no Artigo 155 do Código Penal, que pode resultar em pena de reclusão de um a quatro anos, além de multa. Segundo o §2º desse artigo, se o acusado é primário e o objeto furtado é de pequeno valor, o juiz pode optar por aplicar pena de detenção, reduzi-la em até dois terços ou aplicar apenas multa. No entanto, a acusada em questão é reincidente.

Na situação em questão, a acusada alegou ter furtado dois refrigerantes, dois sachês de refresco em pó e dois pacotes de macarrão instantâneo devido à sua extrema pobreza e falta de alimentos básicos. O valor total dos alimentos furtados foi de R\$ 21,69. De acordo com o HC 699572/SP, a detenção em flagrante da acusada foi convertida em prisão preventiva, e desde então a Defensoria Pública do Estado de São Paulo usou todos os recursos legais disponíveis para comprovar sua tese de que a ré deveria estar protegida pelo princípio da insignificância ou bagatela.

Observando as possibilidades de aplicação do princípio da insignificância, o problema de pesquisa do presente trabalho é: de que maneira a reincidência no crime de furto pode ser desconsiderada frente ao princípio da insignificância no caso do HC 699572/SP (2021/0326300-9)? Algumas questões que rodeiam o tema também são passíveis de indagação: existem fatores sociais intimamente ligados à prática do furto no caso em questão? Quais parâmetros foram utilizados para afastar o princípio da insignificância quando houve a prisão preventiva?

Para tanto, o objetivo geral da pesquisa é analisar de que maneira a reincidência no crime de furto pode ser desconsiderada frente ao princípio da insignificância no caso do HC 699572/SP (2021/0326300-9). Para a execução da pesquisa, como objetivos específicos tem-se: analisar a ocorrência do HC 699572/SP e os fatores que possibilitaram a aplicação de princípio da insignificância; compreender os limites da aplicação do Instituto da reincidência no caso em questão; relacionar a ocorrência de furto simples de alimentos ao Estado de Necessidade previsto no Código Penal.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental cujo objetivo é analisar em que medida a reincidência no crime de furto pode ser desconsiderada frente ao princípio da insignificância no caso *Habeas Corpus* 699572/SP. Em um primeiro momento, serão analisados todos os conceitos principais da pesquisa, indispensáveis a compreensão do caso em análise. Para a realização desta pesquisa, será utilizada uma abordagem qualitativa, que permite uma análise mais aprofundada dos conceitos e teorias relacionados ao tema em questão (Mattar; Ramos, 2021). Assim, com foco na análise textual e interpretativa dos argumentos jurídicos apresentados no julgamento do *HC* em questão. A pesquisa também envolverá uma revisão sistemática da literatura, com o objetivo de identificar os principais estudos e teorias relacionados ao tema.

Os tipos de pesquisa utilizados serão a pesquisa exploratória e a pesquisa descritiva. A pesquisa exploratória terá como objetivo a investigação de ideias e conceitos relacionados ao tema, enquanto a pesquisa descritiva buscará identificar as principais características e elementos relacionados ao assunto em questão (Garcia, 2019). A técnica de coleta de dados utilizada será a revisão sistemática da literatura, que consiste na busca e análise de artigos científicos, livros, dissertações e teses relacionados ao tema da pesquisa. Os artigos, capítulos, dissertações e teses serão selecionadas de acordo com a temática nas seguintes plataformas: Portal de Periódicos da Capes, Scielo, Portal do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, e Repositórios Institucionais de Universidades.

O universo do trabalho compreenderá a literatura acadêmica relacionada ao tema da pesquisa, incluindo estudos nacionais e internacionais, incluindo os artigos publicados entre os anos de 2018 e 2023, em português. A coleta de dados será realizada por meio da leitura e análise dos artigos e materiais selecionados. Os dados serão organizados e analisados com base nos objetivos da pesquisa, a fim de identificar as principais contribuições e lacunas na literatura relacionada ao tema (Streck, 2018). Além disso, será realizada por meio da análise documental e jurisprudencial, com foco na identificação e interpretação dos argumentos jurídicos apresentados no caso analisado e serão revisados documentos e acórdãos relacionados ao tema, bem como serão consultados doutrinas, artigos e jurisprudências.

Em um campo acadêmico que lida diariamente com os crimes e a justiça, é de suma importância levantar discussões sobre a expressividade da conduta, o prejuízo causado, a posição do agente e a tutela estatal, demonstrando uma visão muito mais humanista e menos punitiva, que visa compreender a ocorrência do fato e os aspectos sociais que envolve. Por um viés social, a justificativa da presente pesquisa gira em torno da frequente ocorrência de pequenos furtos realizados para fins de alimentação na sociedade brasileira. Não é aceitável que seja normalizada a miséria e a fome no país, tendo muitas vezes como única opção a realização destes atos ilícitos, direcionados muitas vezes não só para a alimentação pessoal, mas para mantimentos de toda a família e principalmente filhos. Por este motivo, a pesquisa possibilitará uma expansão na perspectiva de crime relacionados a este tipo de furto, pois o julgamento e o tratamento destinados a estes agentes tendem a manter a força da tratativa dada aos criminosos que cometem atos extremamente expressivos, com violência, ameaças e graves prejuízos.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É necessário compreender que qualquer análise que envolva o crime deve ser realizada de acordo com a função social do direito penal no Brasil, pois os princípios trazidos delimitam a atuação dos operadores do direito tendo em vista o Estado Democrático. Neste sentido, de acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2011), o direito penal não deve ser visto apenas como um instrumento de controle social, mas também como uma forma de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Eles argumentam que o

direito penal deve ser utilizado como último recurso, reservado para casos graves em que outros meios de controle social tenham se mostrado inadequados.

Além disso, eles destacam a importância da proporcionalidade das penas e da individualização da punição, ou seja, cada caso deve ser analisado levando em consideração as circunstâncias específicas e as características do infrator. Eles também defendem a necessidade de garantias processuais sólidas para proteger os acusados de abusos por parte do Estado.

Considerar as “circunstâncias específicas e as características do infrator” é um ponto diretamente ligado ao objeto de estudo deste trabalho, tendo em vista que se trata da análise do princípio da insignificância, que pode ser considerado justamente tendo em vista as particularidades de cada caso. É importante considerar que analisar as circunstâncias específicas envolve a proporcionalidade da pena, a justiça restaurativa e reintegração social que são pontos envoltos às características do direito penal, necessárias também neste capítulo introdutório sobre o tema.

A respeito destas características é válido ressaltar a fragmentariedade, a subsidiariedade, a fragmentalidade, e a legalidade. Dentro deste rol de características do direito penal, a fragmentariedade é descrita por Roxin (1997 *apud* Bitencourt, 2011) como sendo um conceito central que se refere à limitação da intervenção do direito penal apenas às condutas que representam uma séria ameaça aos bens jurídicos fundamentais da sociedade. De acordo com este autor argumenta que o direito penal deve ser reservado apenas para a proteção de bens jurídicos essenciais e que não é adequado criminalizar condutas que não representem uma ameaça séria a esses bens.

A subsidiariedade dentro do direito, refere-se ao princípio de que o direito penal deve ser aplicado apenas quando outros meios de controle social se mostram inadequados para proteger os bens jurídicos fundamentais da sociedade. Gomes (2012) argumenta que o direito penal deve ser a última instância de controle social, sendo acionado somente quando outras formas de controle, como o direito administrativo, civil ou social, não são suficientes para prevenir ou reprimir condutas prejudiciais.

Uma terceira característica do direito penal é a fragmentalidade, que segundo Bitencourt (2018) refere-se ao princípio de que o direito penal intervém apenas em uma parte específica das relações sociais, tratando apenas das condutas que representam uma violação relevante das normas fundamentais para a ordem social e jurídica. Ou seja, o direito penal deve ser utilizado de forma restrita, intervindo apenas nas condutas mais graves que ameacem os bens jurídicos fundamentais da sociedade.

Por fim, é importante compreender também a função da legalidade enquanto característica do direito penal. A legalidade é um princípio fundamental que estabelece que não há crime nem pena sem lei anterior que os defina. Isso significa que ninguém pode ser punido por uma conduta que não esteja expressamente prevista como crime em lei (Capez, 2018).

Ao compreender a fragmentariedade, subsidiariedade, legalidade e outras características do direito penal, é possível entender melhor os limites e o propósito do sistema penal em uma sociedade democrática. Isso ajuda a garantir que o direito penal seja utilizado de forma justa, proporcional e eficaz, protegendo os direitos individuais e os bens jurídicos fundamentais da sociedade (Gomes, 2012).

É fundamental compreender as características fundamentais do direito penal como ponto de partida para analisar sua aplicação na contemporaneidade (e posteriormente, no caso em análise). Nesse contexto, a evolução do conceito de direito penal do inimigo e do direito penal da prevenção/repressão das condutas juridicamente relevantes reflete as mudanças sociais e políticas que moldam as políticas criminais modernas e por este motivo devem ser abordados.

O conceito de "direito penal do inimigo" (Jakobs, 2003 *apud* Gomes; Bianchini, 2004), propõe uma abordagem punitiva mais rigorosa e excludente para lidar com indivíduos considerados inimigos da sociedade ou do Estado, muitas vezes relacionados a crimes graves ou terroristas. Esse modelo de direito penal sugere a aplicação de penas mais severas e restrições aos direitos individuais como forma de proteção da ordem social. No entanto, críticos argumentam que essa abordagem pode levar a violações dos direitos humanos e à criminalização de grupos sociais vulneráveis.

Por outro lado, o "direito penal da prevenção/repressão das condutas juridicamente relevantes" enfatiza a importância da prevenção e da repressão das condutas que representam uma ameaça à ordem jurídica, sem a necessidade de adotar medidas excessivamente punitivas ou restritivas. Esse modelo busca uma atuação mais equilibrada do Estado, focada na eficácia das políticas criminais, na ressocialização dos infratores e na proteção dos direitos individuais (Gomes, 2012).

Atualmente, há uma tendência crescente em direção a uma abordagem mais humanista e garantista do direito penal, que busca conciliar a proteção da sociedade com o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Isso inclui o fortalecimento de medidas alternativas à prisão, a promoção da justiça restaurativa e o investimento em políticas

públicas que abordem as causas subjacentes à criminalidade, como desigualdade social, exclusão e falta de oportunidades.

Por este motivo, é de extrema importância que as condutas sejam analisadas com base nos princípios e na proteção ao cidadão. Tendo em vista que este tópico fora dedicado aos conceitos introdutórios do direito penal, torna-se importante também introduzir os conceitos de estado de necessidade e furto famélico, de acordo com o direito penal, para alimentar a análise que será realizada posteriormente.

2.1 A relação entre o furto simples de alimentos e o estado de necessidade previsto no Código Penal

De acordo com o art. 24 do Código Penal, está agindo com estado de necessidade quem “pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, Direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se” (Brasil, 1940).

Em seguida, o §1º apresenta uma exceção, não podendo o estado de necessidade ser alegado por quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo eminentemente aquele momento. Neste caso, pode-se considerar a título exemplificativo, os agentes que atuam nas instituições de segurança pública no Brasil, como policiais. O § 2º dispõe que “embora seja razoável exigir-se o sacrifício do Direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços” (Brasil, 1940).

Um exemplo da alegação de uso desse dispositivo encontra-se por exemplo em uma pessoa que está sendo perseguida por um criminoso e entra em uma propriedade privada para se proteger, podendo alegar estado de necessidade como defesa para não ser punida pelo crime de invasão de propriedade. Sobre a razoabilidade, Castilho e Nascimento acrescentam que:

Note-se, para o entendimento deste princípio, que algumas atitudes indevidas (delitos) são tidas como notoriamente irrelevantes, a exemplo do furto de um pão ou da lesão corporal à um par seu consistente num mero arranhão, para estes o princípio bagatilar vem resguardar aquela proporcionalidade e razoabilidade que rege todo o ordenamento jurídico pátrio, cabendo aos operadores do Direito, o aperfeiçoamento de tal instituto, sob o desiderato único do alcance da justiça (Castilho; Nascimento, 2022, p. 476).

Assim, várias são as possibilidades de ocorrência desse instituto, por este motivo o Código Penal o considera como um excludente de ilicitude. Juntamente com a legítima

defesa e o estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do Direito, agir em estado de necessidade faz com que não haja crime pelo agente que pratica o fato, de acordo com o art. 23 do Código Penal.

Embora já esteja previsto de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de estado de necessidade pode ser apresentado por diferentes autores sem, no entanto, perder o seu principal aspecto. Para tanto, é necessário recorrer à dogmática do Direito penal brasileiro. De acordo com Bitencourt (2020), o estado de necessidade é a situação na qual uma pessoa se vê na contingência de realizar um mal para evitar outro maior, igualmente iminente e atual.

Para Greco (2018), o estado de necessidade é a conduta do agente que, diante de uma situação de perigo atual ou iminente, pratica um fato típico, mas que é justificado porque foi praticado para afastar o perigo. Tendo em vista os aspectos trazidos pela doutrina e pela legislação citados anteriormente, pode-se compreender que o estado de necessidade compreende diversas ações que são realizadas de forma ilícita, mas que na análise do caso concreto demonstram que outra atitude diferente daquela não poderia ser tomada para findar o perigo existente.

Para que o estado de necessidade seja realmente averiguado deve-se levar em consideração os seus requisitos legais, dispostos na legislação. De acordo com Mameluque (2019), em primeiro lugar, deve haver uma situação de perigo atual ou iminente, que não possa ser evitada por outros meios razoáveis. Este perigo atual ou iminente, para o Direito penal é uma das características fundamentais para a configuração de diversos tipos penais, especialmente os que tutelam a vida, a integridade física, a saúde e o patrimônio de terceiros. O perigo atual é aquele que está ocorrendo no momento da conduta do agente, enquanto o perigo iminente é aquele que ainda não ocorreu, mas que é certo que acontecerá em breve se não houver uma intervenção para evitá-lo.

Ainda de acordo com o autor supracitado, em segundo lugar, o agente deve ter agido para evitar um mal maior do que aquele que resultaria da conduta por ele praticada, ou seja, o agente age para evitar um mal maior quando pratica um fato que, em condições normais, seria considerado criminoso, com o objetivo de impedir que um mal ainda maior aconteça (Mameluque, 2019)

Por fim, a conduta deve ser proporcional ao mal que se pretende evitar. Ou seja, a título de exemplificação, não se pode reprimir com um tiro de arma de fogo, alguém que estava tão somente praticando um crime de difamação em um momento de discussão ou

briga. As medidas nesse caso, são desproporcionais e o juiz analisará o caso concreto para observar a presença do perigo real ou eminente.

O termo "furto famélico" é utilizado no Direito penal para se referir à situação em que uma pessoa, diante de extrema necessidade de alimento para sobrevivência, furtar algum alimento ou objeto para obtê-lo. De acordo com Centini (2022) a origem do termo remonta ao Direito Romano, mais especificamente à época do Império Romano. Naquele tempo, existia uma lei chamada "*Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis*" que previa a pena de morte para quem cometesse crimes como assassinato e envenenamento. Porém, em caso de furto de alimentos para sobrevivência, havia uma exceção conhecida como "furto famélico", que era considerado um ato justificado em virtude da necessidade extrema de sobrevivência.

De acordo com o autor, essa exceção foi incorporada em diversos sistemas jurídicos ao longo do tempo, sendo reconhecida em vários países como uma justificativa para o furto de alimentos em situações de extrema pobreza e fome. O termo "furto famélico" é utilizado para se referir a essa justificativa específica, que tem como base o Direito à vida e à sobrevivência em condições dignas (Centini, 2022).

No Brasil, para que um furto famélico seja analisado de acordo com o estado de necessidade e o princípio da insignificância devem ser observados fatores históricos e sociais de desigualdade social que atinge grande parte da população. De acordo com Gonzaga e Silva:

O furto famélico não deve ser analisado de maneira isolada, ou seja, sua análise deve levar em conta o conceito analítico de crime, segundo a teoria tripartite e por isso deve ser um fato típico, sendo crimes ou contravenções penais, que produzam resultados reprováveis através de condutas comissivas ou omissivas do agente, ilícito quando desrespeita leis positivadas, e culpável posto que o agente deve ser maior e capaz e no momento do ato deveria/poderia ter agido em conformidade a lei, mesmo assim escolheu agir de maneira diversa, bem como, é necessário que o agente tenha potencial consciência sobre a ilicitude dos fatos por ele praticados (Gonzaga; Silva, 2022, p. 108).

Isto é, para analisar o furto motivado pela fome, é preciso considerar a teoria tripartite do crime, que entende que toda conduta deve ser tipificada como crime ou contravenção penal e produzir resultados reprováveis. Além disso, o ato deve ser ilícito, ou seja, contrário às leis estabelecidas, e o agente deve ter capacidade mental e consciência da ilicitude de seus atos no momento da ação. É importante destacar que o furto famélico não pode ser avaliado isoladamente, mas sim em conjunto com esses conceitos analíticos.

De acordo com o relatório “País estagnado: um retrato das desigualdades brasileiras”, produzido pela Oxfam Brasil (2018), o país tem uma das maiores desigualdades sociais do mundo e ocupa a 9^a posição em um ranking que analisou 157 países. Dados desse relatório apontam que 1% mais rico da população brasileira concentra a mesma riqueza que os 50% mais pobres. Além disto, fatores raciais também influenciam fortemente na sociedade, pois a renda média mensal da população negra é 57% menor do que a dos brancos.

Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2021) também aponta as linhas da desigualdade e conclui que a taxa de desemprego no Brasil foi de 13,5% no ano de 2020 e atingiu cerca de 14,1 milhões de pessoas. Além disto, a pesquisa demonstra que a desigualdade salarial no país é uma das maiores do mundo.

Esses dados não significam que, uma vez enfrentando dificuldades financeiras, o cidadão brasileiro tem o direito de furtar ou subtrair bens alheios, mas demonstra que o estado de necessidade é real e as oportunidades são totalmente diferentes para as várias camadas da população. Esta realidade vai de encontro as dispositivos e princípios constitucionais, como pode ser observado a seguir (Rui, 2012).

Um exemplo claro a ser trazido trata-se das pessoas que estão em situação de vulnerabilidade social na área conhecida como Cracolândia. Tanto no contexto de furto famélico quanto na Cracolândia, muitas pessoas encontram-se em situações extremamente vulneráveis. Pessoas que vivem na Cracolândia frequentemente enfrentam condições de vida precárias, falta de moradia e acesso limitado a alimentos e serviços básicos. Essa vulnerabilidade pode levar a atos desesperados, como o furto famélico, como uma tentativa de sobreviver (Rui, 2012).

Tanto as pessoas que cometem furto famélico quanto as que estão envolvidas na Cracolândia podem enfrentar criminalização e marginalização por parte da sociedade e das autoridades. Em ambos os casos, existe um debate sobre como o sistema legal deve abordar essas situações, se deve haver flexibilização das leis em casos de necessidade extrema ou se é necessário oferecer alternativas de tratamento e apoio.

A relação entre furto famélico e a Cracolândia também se estende ao debate sobre políticas públicas. Ambos os problemas exigem uma abordagem multifacetada, que leve em consideração não apenas o aspecto criminal, mas também a saúde, a assistência social e a reintegração à sociedade. A implementação de programas de tratamento, reabilitação

e inclusão social pode ser relevante tanto para pessoas envolvidas na Cracolândia quanto para aqueles que praticam furtos famélicos (Costa, 2014).

Em síntese, a relação entre furto famélico e a Cracolândia reside na interseção entre vulnerabilidade, necessidades básicas, marginalização e políticas públicas. Ambos os problemas levantam questões éticas e sociais sobre como lidar com situações de extrema necessidade e exclusão, exigindo abordagens holísticas que considerem múltiplos aspectos para encontrar soluções mais eficazes e humanas.

2.2 A Dignidade da Pessoa Humana no contexto do Estado de Necessidade

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado no caso em questão pois é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e está presente em diversas normas jurídicas em todo o mundo. Este princípio estabelece que todas as pessoas devem ser tratadas com respeito e consideração, sendo reconhecidas como seres humanos dotados de valor intrínseco e Direitos fundamentais (Brasil, 1988).

Sarlet (2020) destaca que a dignidade da pessoa humana é um conceito complexo e multifacetado, que não pode ser reduzido a uma única dimensão. Segundo o autor, a dignidade pode ser compreendida em três níveis: como um atributo inerente a todas as pessoas; como um valor que orienta a conduta dos indivíduos e das instituições; e como um princípio jurídico que fundamenta e orienta a interpretação e a aplicação das normas. No primeiro nível, a dignidade é entendida como uma característica essencial da pessoa humana, que não pode ser violada ou desrespeitada em nenhuma circunstância. Já no segundo nível, a dignidade é vista como um valor que orienta a conduta dos indivíduos e das instituições, tanto no plano moral quanto no plano jurídico. Por fim, no terceiro nível, a dignidade é compreendida como um princípio jurídico que fundamenta e orienta a interpretação e a aplicação das normas.

Isto é, o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor que está presente em diferentes esferas da vida humana, desde o plano moral até o jurídico. Sua importância é reconhecida por diversos autores e instituições, que têm se dedicado a promovê-lo e a protegê-lo em diferentes contextos. A Constituição Federal de 1988 assegura em seu Art. 5º que “todos são iguais perante a lei” e garante a inviolabilidade do Direito à vida e à igualdade. Em seguida, ao dispor sobre os Direitos sociais, a CF/88 afirma que “Art. 6º São Direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o

transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Brasil, 1988).

Os direitos sociais são aqueles que visam assegurar às pessoas as condições básicas para exercer plenamente seus Direitos. Como resultado, eles requerem que o Estado intervenha na ordem social para reduzir as desigualdades sociais, o que significa que a implementação desses Direitos pode ter um alto custo (Liebl; DemarchI, 2018). Segundo Gomes (2021), os Direitos sociais são essenciais para a concretização dos princípios da igualdade e da solidariedade, além de serem uma forma de compensar as desigualdades econômicas e sociais existentes na sociedade. Nesse sentido, os Direitos sociais são fundamentais para garantir uma vida digna e justa para todos os cidadãos.

O princípio da solidariedade está previsto na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III) e como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, inciso I). Este princípio está intimamente ligado à promoção dos Direitos sociais e à garantia de políticas públicas que visem à redução das desigualdades sociais. De acordo com Streck (2021), o princípio da solidariedade refere-se à ideia de que os indivíduos e grupos sociais devem agir em conjunto para a promoção do bem comum e para a superação das desigualdades sociais.

A solidariedade também se manifesta na obrigação do Estado em promover a proteção social e a garantia de Direitos sociais, como o Direito à saúde, à educação, à moradia, à alimentação, ao trabalho e à segurança. Nesse sentido, a solidariedade se traduz em um dever de todos, incluindo o Estado, de garantir a dignidade da pessoa humana e a justiça social (Sarlet, 2018).

Enquanto a alimentação está prevista constitucionalmente como um Direito social, no ano de 2022, segundo dados do IBGE, o número de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza aumentou em 22,7%. Em números esses dados apontam que cerca de 11,6 milhões de pessoas passaram a viver com cerca de R\$ 486 mensais *per capita*. Com este aumento, o país passou a ter cerca de 62,5 milhões de pessoas abaixo desta linha de pobreza e entre elas, 17,9 milhões estão em situação de pobreza extrema. Neste sentido, ao analisar a extrema pobreza relacionando-a ao furto famélico, de acordo com Oliveira e Santos:

O Estado tem responsabilidade e capacidade para prevenir essa situação, seja antes ou depois do ato consumado. Antes, com caráter de prevenção, prestando assistência e condições dignas de vida, e depois, utilizando-se dos princípios limitadores do poder punitivo estatal e oferecendo uma chance para o indivíduo conseguir mudar aquela situação (Oliveira; Santos, 2022, p. 597).

Por este motivo, Gonzaga e Silva (2022) afirmam que é importante destacar que a função deste instituto é evitar a punição daqueles que o Estado não conseguiu prover o mínimo necessário, como é o caso do Estado do Bem-Estar Social. Isso significa que os menos abastados teriam essa excludente a seu favor. No entanto, é preciso observar que a falta de normas específicas que determinem quem deve ser punido e quem não deve, abre espaço para discussões e pode ser influenciada por problemas sociais enraizados, como o racismo estrutural e o higienismo.

A partir destas informações pode-se constatar que o direito social à alimentação prevista na Constituição Federal de 1988 não existe de fato na realidade social brasileira. De acordo com Castro (2019), este direito significa que todas as pessoas têm que ter acesso a uma alimentação adequada e suficiente, que seja nutritiva e saudável, de forma a garantir uma vida digna e saudável. Isso inclui não só a quantidade de alimentos disponíveis, mas também a qualidade e diversidade dos alimentos, bem como o acesso a água potável e saneamento básico.

Segundo a autora supracitada o Estado tem a responsabilidade de garantir que todas as pessoas possam usufruir do direito à alimentação adequada, seja por meio da promoção de políticas públicas, seja pela regulação de atividades econômicas relacionadas à produção e distribuição de alimentos. Além disso, dentre as políticas públicas que visam garantir o Direito à alimentação, ela cita programas de distribuição de alimentos, como o Programa Nacional de Alimentação Escolar, que garante a oferta de refeições escolares nutritivas e adequadas nas escolas públicas, e o Programa de Aquisição de Alimentos, que estimula a agricultura familiar e o acesso dos agricultores familiares aos mercados institucionais (Castro, 2019).

Os furtos famélicos ocorrem com determinada frequência e, segundo o IBGE (2022), esta pobreza extrema atinge de forma desproporcional crianças e jovens, sendo cerca de 46,2% das crianças de até 14 anos vivendo abaixo da linha da pobreza em 2021. Esta situação, que envolve a ausência de diversos direitos sociais viola o mínimo existencial e a missão do Estado de proteção e execução dos direitos fundamentais mínimos que é um compromisso não só interno, através da Constituição Federal, mas também internacional por meio de tratados e convenções (Raposo, 2021).

Por este motivo, há o debate em torno da (in)segurança alimentar no país. A relação entre insegurança alimentar e direitos humanos é intrínseca e complexa. É caracterizada pela falta de acesso físico, econômico ou social a alimentos suficientes,

nutritivos e seguros, que possam satisfazer as necessidades nutricionais e preferências alimentares adequadas para uma vida saudável e ativa. Isso pode ser resultado de diversos fatores, como pobreza, desigualdade social, conflitos armados, mudanças climáticas, instabilidade econômica e políticas inadequadas de segurança alimentar (Belik, 2003).

Sendo assim, é preciso pensar a ocorrência de furtos famélicos de valores inexpressivos também com um olhar voltado para as relações sociais. Aspectos da desigualdade social no Brasil, como foram apresentados anteriormente, demonstram que as oportunidades são desiguais a depender da população. Nesse sentido é o entendimento de Castilho e Nascimento:

A humanidade viu surgir as mazelas sociais desde a concepção de propriedade que levou uns a ter mais e outros a ter menos e o sistema social em que vivemos não dá muito azo para eventual solução dos problemas, muitos indivíduos se encontram compelidos pelo estado de miserabilidade à prática de um ilícito penal sem ter real intenção direta de praticar o dano patrimonial ou extrapatrimonial, de modo que por miríades de vezes observa-se a insignificância da ação delituosa e para estes casos emerge a razoabilidade do afamado homem-médio, no que toca a necessidade de punição do sujeito (Castilho; Nascimento, 2022, p. 472).

Pensando a partir desta perspectiva trazida, sobre as questões sociais, a pena só deve ser aplicada quando todas as outras medidas menos gravosas forem insuficientes ou inadequadas para proteger a sociedade ou restaurar a ordem jurídica (Gonzaga; Silva, 2022). Esse princípio tem como objetivo evitar o uso desnecessário e excessivo do Direito Penal, que pode levar a uma criminalização excessiva e à punição de pessoas que não representam uma ameaça real para a sociedade.

Além disso, os autores apresentam que a "*ultima ratio*" também protege os Direitos fundamentais dos indivíduos, como a liberdade, a dignidade e a integridade física e psicológica. Assim, o Direito Penal deve ser utilizado apenas em casos extremos, quando não houver outra forma de proteger a sociedade e garantir a ordem jurídica. Isso significa que é preciso considerar a aplicação de medidas alternativas à pena de prisão, como a prestação de serviços à comunidade, o monitoramento eletrônico ou o cumprimento de penas restritivas de direitos (Gonzaga; Silva, 2022).

De forma resumida, a principal diferença entre o furto famélico e o estado de necessidade é que o furto famélico é uma exceção específica para o crime de furto, enquanto o estado de necessidade é uma causa geral de exclusão da ilicitude que pode ser aplicada a outros crimes, além do furto. Além disso, para que o furto seja considerado famélico, é necessário que a pessoa esteja em uma situação de extrema necessidade e que

não haja outra opção para obter alimento, enquanto o estado de necessidade pode ser alegado em outras situações em que há um conflito de interesses.

Sendo assim, a partir do que foi visto, em casos extremos de estado de necessidade quando há ocorrência de furto famélico, este deve ser analisado a partir de questões sociais para que o magistrado entenda a aplicação ou não do princípio da insignificância. Isto não quer dizer que pequenos furtos não causem desconforto ou pequenos prejuízos aos proprietários que são lesionados. No entanto, deve-se considerar a "*ultima ratio*" como princípio do Direito Penal que estabelece que o uso da pena deve ser a última opção a ser considerada para a resolução de conflitos e para a proteção da sociedade.

3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM ANÁLISE: REFLEXÕES ACERCA DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de adentrar propriamente no instituto da reincidência, é importante compreender os aspectos da culpabilidade, pois estão diretamente relacionados à reincidência. Se um crime ocorre mais de uma vez a tendência é crer que há a presença dos aspectos da culpabilidade e não há o afastamento deste ponto.

De acordo com Porto e Soda (2019) a culpabilidade é um dos elementos que compõem a teoria do delito no Direito Penal. Ela se refere à capacidade que uma pessoa tem de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse conhecimento. Além disso, segundo a teoria adotada no Direito Penal brasileiro, a culpabilidade é composta por três elementos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Os autores apresentam que a imputabilidade diz respeito à capacidade mental do agente de entender o caráter ilícito de sua conduta. Já a potencial consciência da ilicitude se refere à possibilidade de o agente compreender que sua conduta é contrária ao ordenamento jurídico (Porto; Soda, 2019). Por fim, a exigibilidade de conduta diversa se refere à possibilidade de o agente agir de outra forma, em conformidade com a lei. É importante ressaltar que a culpabilidade é um elemento subjetivo do delito, ou seja, diz respeito às características pessoais do agente. Além disso, ela é avaliada a partir das circunstâncias concretas do caso, levando em consideração a personalidade do agente, suas motivações, conhecimentos e demais características que possam ter influenciado sua conduta.

Por este motivo, é importante relacioná-la ao instituto da reincidência. Se a culpabilidade apresenta fatores como capacidade de entender a ilicitude, capacidade de compreender que o ato é criminoso e a inexigibilidade de uma conduta diversa. A existência de um estado de necessidade que faz ocorrer a reincidência também está ligada a culpabilidade. Como já visto anteriormente, a reincidência está prevista no Código Penal, em seu art. 63. O dispositivo afirma que “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitado em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (Brasil, 1940). É o oposto do que o Direito penal trata como “réu primário”. Neste conceito um agente está sendo julgado pela primeira vez por um crime.

De acordo com Masson (2018), o réu primário é aquele que jamais foi condenado por sentença transitada em julgado, sendo-lhe, portanto, concedido tratamento mais favorável pelo ordenamento jurídico. O autor afirma que o fato de ser réu primário pode influenciar na aplicação da pena, uma vez que, em geral, é concedido tratamento mais favorável ao réu que não tem histórico criminal. No entanto, vale destacar que a reincidência é uma circunstância agravante que pode levar a um aumento da pena, mesmo que o réu tenha sido primário em relação a outros delitos.

A reincidência é um tema relevante e atual no Direito Penal, especialmente no que diz respeito à sua aplicação e seus efeitos sobre a criminalidade. Há um debate em torno da eficácia do uso da reincidência como fator agravante da pena, já que alguns estudiosos argumentam que a medida pode ser excessivamente punitiva e não contribuir para a ressocialização do indivíduo (Castilho; Nascimento, 2022).

Recentemente, houve mudanças na legislação brasileira em relação à reincidência. Em 2019, a Lei de Execução Penal foi alterada para prever que a reincidência não pode ser considerada como única justificativa para a negativa de progressão de regime, ou seja, para impedir a progressão do cumprimento da pena para um regime menos rigoroso. Essa mudança representa uma tentativa de priorizar a ressocialização do condenado e diminuir a superlotação do sistema prisional.

Neste sentido também, os critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para a caracterização da incidência do princípio da insignificância foram consolidados em diversos julgados e levam em consideração, a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade, o grau de reprovabilidade da conduta e a inexpressividade da lesão jurídica.

De uma forma geral, deve-se compreender que o furto famélico é uma questão complexa que não pode ser analisada isoladamente. É importante considerar o conceito analítico de crime, que segue a teoria tripartite. De acordo com essa teoria, o furto famélico deve ser considerado como um fato típico, que pode ser classificado como crime ou contravenção penal, e que produz resultados reprováveis por meio de condutas comissivas ou omissivas do agente. Além disso, o furto famélico é considerado ilícito, uma vez que desrespeita as leis positivadas como afirmam Gonzaga e Silva (2022).

Os autores acrescentam que para que o furto famélico seja considerado culpável, é necessário que o agente seja maior e capaz, e que, no momento do ato, deveria ou poderia ter agido de acordo com a lei, mas escolheu agir de maneira diversa (Gonzaga; Silva, 2022). Além disso, é necessário que o agente tenha potencial consciência sobre a ilicitude dos fatos praticados. Em suma, é importante considerar todas essas nuances ao analisar o furto famélico. Além disso, decisões já afastaram a aplicação do princípio tendo em vista a reincidência, como no caso a seguir:

O Supremo Tribunal Federal, em sucessivos julgamentos proferidos por ambas as Turmas desta Corte, tem entendido, em hipóteses como a destes autos, que a reincidência do agente na prática do delito de furto, na modalidade tentada ou consumada revela-se impregnada de significativa lesividade, de modo a afastar a aplicação do princípio da insignificância, não obstante o pequeno valor da “res furtiva”, considerado, para tanto o elevado grau de reprovabilidade da conduta (RHC nº 122.815/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14/08/2014).

Assim, não há disposição legal a favor da aplicação do princípio da insignificância nos casos em que há reincidência, mesmo que se trate de furto famélico e do estado de necessidade. No entanto, como cada caso deve ser observado tendo em vista suas particularidades, há casos em que os magistrados consideram que o bem tutela é tão inexpressivo que mesmo existindo a reincidência cabe uma análise sobre o princípio da insignificância.

Isto é, não há como pensar em punição de forma igual em um país que detém tantos meios de desigualdade social e racial. Por este motivo, é de extrema importância a análise de cada caso de forma individual, considerando os julgamentos dos tribunais superiores, mas levando em consideração a situação de cada agente. Tendo comprovado a situação social e motivacional do agente não deveria existir razão para punição de pessoas que já estão vivendo em uma situação de vulnerabilidade social. No entanto, é comum esta ocorrência no Brasil, demonstrando os motivos do aumento nos crimes de bagatela conforme há o aumento da crise econômica no país. Ao ser ignorado pelo Estado,

o princípio da insignificância causa danos irreparáveis, como é o caso do encarceramento em massa no país (Gonzaga; Silva, 2022).

Sendo assim, a reincidência em furto famélico é um tema complexo que envolve questões sociais, econômicas e jurídicas. O furto famélico é aquele cometido por uma pessoa que, em razão de sua situação de extrema necessidade, subtrai bens alimentícios para satisfazer sua fome ou a de sua família. Nesse contexto, a reincidência em furto famélico pode ser entendida como um reflexo da desigualdade social e da falta de políticas públicas adequadas para atender às necessidades básicas da população. A criminalização da conduta de pessoas que cometem esse tipo de furto pode ser considerada injusta e desproporcional, uma vez que elas estão agindo em situação de vulnerabilidade extrema e sem alternativas para suprir suas necessidades básicas (Raposo, 2021).

Por outro lado, é importante considerar que a reincidência em qualquer tipo de crime pode indicar uma tendência criminosa e a necessidade de medidas punitivas para prevenir a ocorrência de novos delitos. Nesse sentido, é preciso avaliar cada caso individualmente, levando em conta as circunstâncias concretas em que o furto foi cometido e a possibilidade de se oferecer alternativas à pessoa para que não precise recorrer à prática criminosa novamente (Oliveira; Santos, 2022).

A partir do que foi visto, nota-se que a reincidência em furto famélico deve ser analisada de forma cuidadosa, levando em consideração a complexidade do tema e a necessidade de se buscar soluções que contemplem não apenas a punição do agente, mas também a resolução das causas que levaram à prática do crime. É fundamental que sejam implementadas políticas públicas que possibilitem o acesso a bens básicos e a melhoria das condições de vida da população em situação de vulnerabilidade, a fim de prevenir a ocorrência de novos casos de furto famélico.

4 UM ESTUDO DE CASO: O HABEAS CORPUS Nº 699.572/SP E SEUS DESDOBRAMENTOS ACERCA DA DESCONSIDERAÇÃO DA REINCIDÊNCIA

Os princípios do Direito são diretrizes fundamentais que orientam a aplicação e interpretação das leis em uma sociedade. Eles são essenciais para garantir a justiça, equidade e o respeito aos Direitos Humanos. Assim, toda a atuação do judiciário deve levar em conta os princípios e suas proteções. Apesar de serem muitos em várias áreas do

Direito, neste tópico a análise do *Habeas Corpus* (HC) terá como foco o princípio da insignificância.

O *Habeas Corpus*, em questão, foi impetrado contra um acórdão proveniente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no caso em que uma mulher foi presa em flagrante sob a acusação da prática de furto simples. Previsto no art. 155 do Código Penal, o furto tem pena de reclusão de um a quatro anos, e multa. De acordo com o §2º do artigo supramencionado, se o agente é réu primário e o furto é de objeto de pequeno valor, poderá o juiz aplicar pena de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou aplicar somente a multa.

Na ocasião em questão, a ré afirmou ter subtraído dois refrigerantes, dois refrescos em pó e dois macarrões instantâneos sob a justificativa de extrema pobreza e ausência de mantimentos básicos, como alimentação. Os alimentos somaram R\$ 21,69 (vinte e um reais e sessenta e nove centavos) e, de acordo com o HC 699572/SP, sua prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva e a partir de então a Defensoria Pública do Estado de São Paulo utilizou de todos os meios de defesa possíveis para comprovar sua tese de que a ré estava tutelada pelo princípio da insignificância/bagatela.

De acordo com o art. 310 do Código de Processo Penal, ao receber o auto da prisão em flagrante, o juiz deverá promover uma audiência de custódia e caso verifique reincidência, participação em organização criminosa armada, milícia ou porte de arma de fogo, deverá denegar a liberdade provisória. Para tanto, a magistrada de primeiro grau motivou na sentença justamente que a reincidência afasta a aplicação do princípio da insignificância.

Argumentou, também, que em razão da ausência de um endereço fixo, não é possível que haja prisão domiciliar que “consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial” de acordo com o art. 317 do Código de Processo Penal. Apesar de o art. 318-A dispor que a prisão preventiva imposta à mulher que for mãe será substituída pela prisão domiciliar, a própria ré informou que todos os cinco filhos vivem sob a responsabilidade da avó materna. Ainda, a magistrada utiliza-se, de dois institutos do Direito para afirmar sua decisão sobre a prisão preventiva, afastando a possibilidade de prisão domiciliar e conferindo medidas que acredita conferirem melhor status para a garantia de ordem pública.

O primeiro instituto trata-se do *fumus comissi delicti* por todas as questões já apresentadas a respeito da ocorrência do crime e a partir da própria confissão da ré. Esta

expressão em latim significa “fumaça do crime cometido” e é um termo utilizado no Direito para se referir à presença de indícios ou elementos que apontem para a ocorrência de um crime (Massena, 2022).

De acordo com Galvan, Régis e Ferreira (2019) o *fumus commissi delicti* pode ser utilizado como fundamento para a abertura de uma investigação criminal ou para a decretação de uma prisão preventiva. Isso ocorre porque, se houver fumaça do crime cometido, ou seja, indícios razoáveis da prática de um delito, é possível que haja risco à ordem pública ou à instrução processual, justificando a adoção dessas medidas.

Além disso, de acordo com os autores supracitados, é importante compreender que a presença do *fumus commissi delicti* não é suficiente para comprovar a culpa ou a responsabilidade da acusada. Trata-se apenas de um indicativo inicial da possibilidade de ocorrência de um crime, cabendo às autoridades competentes investigarem e reunirem mais elementos de prova para, eventualmente, comprovar a existência do delito e identificar os responsáveis.

O outro ponto trazido pela magistrada trata-se do *periculum in libertatis*. De acordo com Farias e Matusiak (2020), na teoria, este termo se refere ao risco de o acusado permanecer em liberdade e fugir ou complicar as investigações. Na prática, o *periculum in libertatis* pode ser utilizado como fundamento para a decretação de medidas cautelares, como a prisão preventiva, a prisão temporária ou outras medidas restritivas de Direitos. Isso ocorre porque, se houver perigo na liberdade, é necessário adotar medidas para evitar que o investigado ou acusado fuja do país, se esconda ou intimide testemunhas, prejudicando a investigação e o processo criminal (Farias; Matusiak, 2020).

Sendo assim, utilizando-se como base esses dois institutos, assim como o disposto no §2º do art. 310 do CPP e os artigos 318 e 318-A, a magistrada decidiu pela prisão preventiva e acrescentou que “as medidas referidas não têm o efeito de afastar o acusado do convívio social, razão pela qual seriam, na hipótese, absolutamente ineficazes para a garantia da ordem pública” (Brasil, 2011).

Tendo sido tomada esta decisão, o *Habeas Corpus* foi impetrado com os seguintes argumentos por parte da Defensoria Pública do Estado de São Paulo: a prisão em flagrante deve ser considerada ilegal tendo em vista que não houve exame de corpo de delito; o princípio da insignificância deve ser levado com consideração; houve estado de necessidade no furto simples; o decreto prisional não demonstrou existirem todos os requisitos da prisão preventiva; e por fim, a solicitação da prisão domiciliar tendo em

vista, além da presença de filhos, a possibilidade de contágio pela covid-19, no período de pandemia.

O ponto principal da argumentação de defesa, gira em torno do princípio da insignificância. Embora a reincidência afaste a possibilidade de aplicação deste princípio por disposição legal no CPP, a defesa acredita que o caso concreto deve ser analisado tendo em vista o furto famélico.

Neste sentido, de acordo com o magistério de Masson (2018, p.365), furto famélico “é a denominação utilizada pela doutrina e pela jurisprudência relativamente ao furto cometido por quem subtrai alimentos em geral para saciar a fome e preservar a saúde ou a vida própria ou de terceiros, quando comprovada uma situação de extrema penúria”. Tanto que, a defesa apresenta outro julgamento em que apesar da reincidência houve aplicação deste princípio na ementa a seguir:

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TENTATIVA DE FURTO DE 4 (QUATRO) BARRAS DE CHOCOLATE, NO VALOR TOTAL DE R\$ 19,96, (DEZENOVE REAIS E NOVENTA E SEIS CENTAVOS). RESTITUIÇÃO DOS BENS À VÍTIMA. REINCIDÊNCIA X APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

6. Assim, na espécie, a situação enquadra-se dentre as hipóteses excepcionais em que é recomendável a aplicação do princípio da insignificância a despeito da existência de reincidência, reconhecendo-se a atipicidade material da conduta. (*grifo nosso*) (HC 370.101/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 25/11/2016).

Isto é, mostrou-se possível que mesmo sendo reincidente, o acusado tenha direito a aplicação deste princípio, principalmente por tratar-se de furto famélico em situações de extrema pobreza. Essa avaliação pode envolver diversos aspectos, como a falta de dolo ou culpa na prática do ato, a ausência de vantagem econômica obtida com a conduta, a não utilização de violência ou grave ameaça na execução da ação, entre outros fatores. Em geral, a reduzida reprovaabilidade do comportamento do agente é avaliada a partir de uma análise subjetiva do caso, considerando as circunstâncias que envolvem a conduta em questão (Cruz, 2021).

Compreender a aplicação do princípio da insignificância no caso em questão requer a análise dos requisitos necessários para que uma ação seja considerada crime. Não obstante, é indispensável que seja compreendido também o instituto do “*jus puniendi*”. O *jus puniendi* refere-se ao poder-dever ou direito do Estado de aplicar sanções penais, ou seja, de punir aqueles que cometem crimes ou transgressões previstas em lei. É um

princípio fundamental do sistema jurídico que busca manter a ordem social, garantir a segurança da comunidade e promover a justiça.

De acordo com Cretella (2021), é um aspecto essencial da soberania do Estado, pois é responsável por estabelecer e impor as normas e punições necessárias para preservar a convivência pacífica e regular o comportamento dos cidadãos. Através do *jus puniendi*, o Estado tem o poder de investigar, processar e julgar crimes, bem como impor sanções penais adequadas aos infratores.

Cretella (2021) reitera que o *jus puniendi* deve ser exercido de forma justa, proporcional e respeitando os direitos e garantias individuais dos acusados. O Estado deve garantir o devido processo legal, o direito à ampla defesa, a presunção de inocência e outros direitos fundamentais para assegurar um julgamento justo e imparcial. O exercício do *jus puniendi* é regulado por leis penais, que estabelecem quais comportamentos são considerados criminosos e preveem as penas correspondentes para cada tipo de infração. Essas leis são elaboradas pelo legislador e devem respeitar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais dos cidadãos.

De acordo com, Panis, Scherner e Wendramin (2019), na esfera penal, o conceito de crime tem fundamento na teoria analítica dos três elementos, a qual estabelece que uma conduta só deverá ser considerada um crime se apresentar tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Na ausência de qualquer um dos três elementos não se pode averiguar a presença do crime. A respeito da tipicidade tem-se o entendimento, de acordo com Rostirolla *et al.* (2021), que a conduta típica é a ação humana que corresponde ao elemento descrito na norma penal. A presença da conduta típica é crucial para a caracterização de um crime, devendo ser analisada em primeiro lugar, antes dos demais elementos do delito. Isso ocorre porque, sem a conduta típica, não há uma ação que demande a proteção do Direito Penal.

É um conceito jurídico que se refere à adequação de uma conduta à descrição prevista na lei como um crime ou delito. Em outras palavras, uma conduta só é considerada criminosa se ela se enquadra na descrição do tipo penal previsto na legislação. Assim, Rostirolla *et al.* (2021) reiteram que para que haja tipicidade, é necessário que a conduta realizada se enquadre exatamente na descrição do tipo penal, sem que haja nenhuma diferença relevante. Caso a conduta não se enquadre, pode haver a descaracterização da tipicidade e a consequente exclusão da ilicitude da conduta.

Nesse sentido, o artigo 1º do Código Penal estabelece que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (Brasil, 1940). Isso significa

que a conduta só é considerada criminosa se estiver previamente definida em lei como tal, ou seja, se houver tipicidade. O artigo 18 do Estatuto Repressor Penal, por sua vez, trata da tipicidade em si, ao estabelecer que "não se pode punir alguém por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória" (Brasil, 1940). Esse artigo estabelece que somente pode ser punido quem pratica uma conduta que é considerada crime pela lei na época em que ela ocorreu.

De acordo com Sabadell (2018), a ilicitude é um dos elementos do delito, juntamente com a tipicidade e a culpabilidade. A autora destaca que a ilicitude é uma questão de adequação da conduta humana à ordem jurídica, ou seja, se a conduta viola ou não as normas estabelecidas pelo Estado. É uma conduta contrária ao ordenamento jurídico, que fere um bem jurídico tutelado pela lei penal. Em outras palavras, uma conduta só é considerada ilícita se ela contraria uma norma jurídica, seja ela uma lei, um regulamento ou um princípio jurídico.

Em certas circunstâncias, a ilicitude pode ser excluída, tais como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal, dentre outras. Nessas situações, embora a conduta praticada seja contrária à lei, ela é justificável a partir da situação que ocorre (Souza, 2019). Nesse sentido, o Código Penal brasileiro trata da ilicitude em seu artigo 23, que estabelece que não há crime quando o agente pratica a conduta tipificada como crime em uma das seguintes situações: em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do Direito.

O estado de necessidade ocorre quando alguém pratica um ato para evitar um mal maior, como, por exemplo, quebrar uma porta para salvar alguém preso em um incêndio. Já a legítima defesa ocorre quando alguém age para se defender ou defender terceiros de uma agressão injusta e atual. O estrito cumprimento do dever legal ocorre quando um agente público age em conformidade com o que a lei lhe impõe, como, por exemplo, um policial que usa a força para prender um criminoso. E, por fim, o exercício regular de Direito ocorre quando alguém age dentro dos limites permitidos por lei, como, por exemplo, um empresário que cobra uma dívida de forma legal (Delmanto, 2020).

Essas situações descritas no artigo 23 do Código Penal são consideradas causas de exclusão da ilicitude, ou seja, o agente não comete crime ao praticar a conduta tipificada como tal, desde que presentes as condições que justificam a ação. Contudo, vale ressaltar que a aplicação dessas causas de exclusão da ilicitude depende das circunstâncias de cada caso concreto e deve ser analisada pelo juiz em cada processo penal. O último

elemento, também indispensável a configuração de crime é a culpabilidade. Ela se refere à possibilidade de responsabilizar alguém pela prática de uma conduta considerada típica e ilícita. A culpabilidade é composta por três elementos: imputabilidade, conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (Porto; Soda, 2019).

Prevista no art. 18, a disposição estabelece que o agente que comete um fato típico e antijurídico com dolo ou culpa é considerado culpado, mas é importante ressaltar que a culpabilidade pode ser excluída ou reduzida em conformidade com as hipóteses previstas em lei (Brasil, 1940). De acordo com Delmanto (2020), é a capacidade de ser responsabilizado pelo crime cometido, ou seja, a capacidade de entender a ilicitude da conduta e de agir de acordo com esse entendimento. Ela é composta por três elementos: a imputabilidade, o dolo ou culpa e a exigibilidade de conduta diversa.

Analizando de forma rápida estes três conceitos, o autor observa que a imputabilidade se refere à capacidade mental do agente para entender o caráter ilícito do fato que praticou e para agir de acordo com esse entendimento. Em outras palavras, é a capacidade de entender a gravidade do ato e de se comportar de acordo com as normas sociais. O dolo ou culpa é a consciência da ilicitude da conduta, que pode ser intencional (dolo) ou não intencional (culpa). O dolo ocorre quando o agente pratica o fato com a intenção de produzir o resultado típico, enquanto a culpa ocorre quando o agente não quer o resultado, mas age com negligência, imprudência ou imperícia, causando o resultado.

Por fim, a exigibilidade de conduta diversa se refere à capacidade de exigir do agente que, diante das circunstâncias, agisse de maneira diferente. Em outras palavras, se o agente não tinha uma alternativa além de praticar o crime, a culpabilidade pode ser excluída. A partir do conhecimento sobre os conceitos trazidos anteriormente pode-se falar no princípio da insignificância de forma prática. De acordo com Macêdo (2022) o princípio da insignificância tem sido objeto de discussão e aplicação nos tribunais brasileiros nos últimos anos. Segundo esse princípio, condutas consideradas de mínima ofensividade, ou seja, sem potencial lesivo significativo, devem ser consideradas atípicas e, portanto, não passíveis de punição.

A aplicação deste princípio tem sido alvo de controvérsia, visto que sua interpretação pode variar de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Alguns doutrinadores defendem que o princípio da insignificância deve ser aplicado apenas em casos nos quais não há lesão ao bem jurídico protegido, enquanto outros afirmam que ele pode ser aplicado mesmo em casos em que há uma lesão, desde que mínima (PRADO, 2018). Apesar de ser possível em diversos casos, não basta apenas que o bem subtraído

seja de valor inexpressivo, é necessário que outros requisitos sejam atendidos para que o magistrado entenda que é cabível sua aplicação.

Segundo Damásio de Jesus (2019), a insignificância pode ser avaliada levando-se em conta três aspectos: a) a mínima intensidade do dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado; b) a ausência de periculosidade social da conduta; e c) a reduzida reprovabilidade do comportamento do agente e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. A respeito da mínima intensidade do dano ao bem jurídico o autor supracitado ressalta que é preciso que a conduta praticada seja tão insignificante que não represente um dano real ou potencial ao bem jurídico protegido pela norma penal. Neste sentido, é o entendimento de Gonzaga e Silva:

Fica evidente que o princípio citado deve ser aplicado para quando a conduta do agente analisada de acordo com o caso concreto, mostra-se irrelevante, de tal forma que não causa danos a sociedade, nem mesmo a norma vigente ou a vítima, e por isso, não tem relevância o suficiente para tirar da inércia a última *ratio*, em que se fundamenta o Direito penal. Uma vez que, o resultado não é suficientemente grave, ou não houve grave lesão ao bem jurídico tutelado, como no caso em que está sendo tratado, os furtos cobertos com a excludente de ilicitude (Gonzaga; Silva, 2022, p. 107).

Além disso, em relação à ausência de periculosidade social da conduta, pontua que um dos requisitos fundamentais para a aplicação do princípio da insignificância é a ausência de registros criminais anteriores do agente, o que significa que o indivíduo deve ser considerado primário. Isso se justifica pelo fato de que, em casos de reincidência, a pena tende a ser agravada, ou seja, o objetivo da aplicação do princípio da insignificância é evitar a punição excessiva de pessoas que não possuem histórico de prática criminosa, de modo que a ausência de antecedentes criminais é um elemento determinante para a análise de cada caso (Jesus, 2019).

Quanto a reduzida reprovabilidade do comportamento do agente, diz respeito à análise do nível de culpa do indivíduo, considerando o tipo de conduta e o contexto em que ocorreu. Em essência, a conduta em questão deve ser vista como menos reprovável e merecedora de uma menor reprovação social (Ataíde, 2018). Isto é, deve-se compreender que é indispensável a presença dos requisitos citados anteriormente, como reiteram Panis, Scherner e Wendramin:

Desse modo, para caracterizar-se insignificante, não basta que a conduta se enquadre em seu caráter formal, mas também que se ajuste no seu gênero material, sendo social e eticamente reprovável e lesivo aos bens jurídicos tutelados, caracterizando-se materialmente atípico e culminando na absolvição do réu (Scherner; Wendramin, 2019, p. 4).

Apesar de todos os requisitos apresentados pelos autores estarem presentes e embora todos os aspectos do princípio da insignificância estejam evidentes nos fatos de um determinado crime, deve-se levar em consideração um fator de extrema importância, capaz de afastar a aplicação deste princípio: a reincidência. De acordo com o artigo 63 do Código Penal, considera-se reincidente aquele que comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o condenou por crime anterior. A reincidência pode ser específica, quando o novo crime é da mesma espécie ou gênero do crime anterior, ou genérica, quando o novo crime é de espécie ou gênero diferente (Brasil, 1940).

O artigo 64 do Código Penal estabelece que, no caso de reincidência, a pena deve ser aumentada de um sexto até metade, levando em consideração a quantidade de condenações anteriores e a gravidade dos crimes cometidos. No entanto, há algumas exceções previstas em lei, como a possibilidade de não aplicação do aumento da pena nos casos de crimes culposos (Brasil, 1940). O artigo 65 do Código Penal prevê que, para fins de reincidência, são consideradas as condenações anteriores com trânsito em julgado, independentemente da época em que tenham sido praticados os crimes anteriores. Além disso, o artigo 66 estabelece que a reincidência não pode ser considerada como circunstância agravante de agravantes, isto é, não pode ser aplicada de forma cumulativa com outras agravantes previstas em lei (Brasil, 1940).

5 CONCLUSÃO

Para a construção deste trabalho objetivamos analisar em que medida a reincidência no crime de furto pode ser desconsiderada frente ao princípio da insignificância e para tanto, utilizamos como base o *Habeas Corpus* 699572/SP. Neste sentido, optou-se por apresentar as ideias centrais da pesquisa divididas em três tópicos. Na primeira seção de desenvolvimento foi possível analisar a função social do direito penal no Estado Democrático de Direito. Com isso, analisamos as características do direito penal e a relação entre o furto simples de alimentos e o estado de necessidade previsto no Código Penal.

Na segunda seção de desenvolvimento, foi possível descrever o furto em questão como “furto famélico” a fim de relacioná-lo ao estado de necessidade previsto no Código Penal. Neste momento, foi necessário incorporar um contexto social de desigualdade para compreendermos a ocorrência dos furtos famélicos no país. Neste sentido, foi importante

destacar o debate acerca da (in)segurança alimentar no país, tendo em vista que a alimentação é um Direito básico protegido pela Constituição Federal de 1988. Compreendemos que essa falta de acesso físico, econômico ou social a alimentos suficientes, nutritivos e seguros que possam satisfazer as necessidades nutricionais é uma das causas do furto famélico.

Na última seção do desenvolvimento, foi analisado o *HC* em questão, para entender a ocorrência da reincidência e as questões que possibilitaram a aplicação do princípio da insignificância. Foi possível compreender que a mínima intensidade do perigo ao bem jurídico, somada à ausência de periculosidade social da conduta e à inexpressividade da lesão jurídica possibilitaram a aplicação do princípio da insignificância ainda que tenha havido reincidência.

A partir disto e unindo-se às informações trazidas durante todo o trabalho foi possível concluir que embora haja reincidência e ela afaste o princípio da insignificância é necessário que cada caso seja analisado de forma individual. Não é possível que a aplicação deste princípio seja afastada tão somente pela reincidência, pois as questões sociais devem ser levadas em consideração. A fome persiste e atinge milhares de pessoas sem alcance de direitos básicos no país. Por este motivo, a questão do furto famélico, no contexto da desigualdade social, é um dilema complexo que requer uma análise cuidadosa e sensível para encontrar soluções justas e humanitárias.

Foi possível perceber que a desigualdade social pode exacerbar essa situação, deixando muitas pessoas em situações de extrema pobreza e insegurança alimentar. Nesse contexto, alguns indivíduos podem se ver impelidos a cometer furtos como uma medida desesperada para garantir a sobrevivência de si próprios ou de suas famílias. Em conclusão, percebe-se que a análise do princípio da insignificância em casos de furto famélico deve ser permeada pela compreensão da desigualdade social no país. A aplicação cega e rígida desse princípio pode ignorar as causas subjacentes da criminalidade, deixando de considerar a realidade de exclusão social e insegurança alimentar enfrentada por muitos.

Assim, é fundamental encontrar um equilíbrio entre a justiça penal e a conservação dos Direitos Humanos, buscando soluções mais abrangentes e inclusivas que abordem as raízes dos problemas e promovam uma sociedade mais igualitária e solidária. Mesmo diante da complexidade de cada caso em tela e do estado de insegurança sócio-alimentar em que se encontram impactada partes expressivas da população do Brasil e dos países pobres de um mundo, a preservação dos Direitos Humanos mostra-se indispensável.

Deve-se levar em conta uma sociedade cravada pela desigualdade na distribuição das riquezas e pelas assimetrias em face do acesso às oportunidades econômicas e sociais promovidas pelas diversas forma de Estado existentes no Planeta.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. O cuidado entre a ilicitude e a culpa. **Revista FIDES**, v. 8, n. 2, p.352-358, 2018.

BELIK, Walter. Perspectivas para segurança alimentar e nutricional no Brasil. **Saúde e sociedade**, v. 12, n. 1, p. 12-20, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 27 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. Saraiva Educação SA, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº. 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1. Acesso em jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *Habeas Corpus* 370.101/SC. **Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca**. Julgamento em 17/11/2016. DJe 25/11/2016. Brasília, DF: STJ, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *Habeas Corpus* nº 699572/SP. **Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik**. Julgamento em 13 de outubro de 2021. Brasília, DF: STJ, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* nº 122.815/DF. **Relator: Ministro Celso de Mello**. Julgamento em 14 de agosto de 2014. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 set. 2014.

CASTILHO, Muriell Camargo; NASCIMENTO, Luciana Aparecida Resende. Dos crimes de bagatela e a reincidência. **Revista Científica da Faculdade Quirinópolis**, v. 1, n. 12, p. 471-499, 2022.

CASTRO, Inês Rugani Ribeiro de. Má nutrição, iniquidade e a garantia do Direito Humano à Alimentação Adequada. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 24, p. 2376-2376, 2019.

CENTINI, Massimo. **Storia della criminologia e dei metodi investigativi: Dall'impronta digitale alle moderne analisi genetiche**. Roma: Carocci Editore, 2022.

COSTA, Maurias Alves. **A cracolândia na cidade de São Paulo: um estudo de caso**. Orientador: Luis Fernando Vitagliano. 2014. 26f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação em Gestão e Políticas Públicas). Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, São Paulo, 2014.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Ilicitude e culpabilidade: questões atuais**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

GARCIA, Roberto Sanches. **Pesquisa Descritiva e Exploratória: Métodos e Técnicas de Análise**. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

GOMES, Amanda. Direitos Sociais e o Princípio da Solidariedade: Uma Análise a Partir da Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Direito**, v. 17, n. 2, p. 129-144, 2021.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

GONZAGA, Axel James Santos; SILVA, Sabrina Xavier. Furto Famélico: Quando o Estado tem que arcar com as custas de sua própria ausência. **Direito em Revista**, v. 7, n. 7, p. 104-118, 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)** - dados de 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 05 mar. 2023.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 33 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIEBL, Helena; DEMARCHI, Clóvis. A efetividade da dignidade da pessoa humana através dos Direitos sociais. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 25, n. 31, p. 85-106, 2018.

MACÊDO, Valéria Pereira. A natureza jurídica do princípio da insignificância no Direito penal. **Revista Multidisciplinar do Amapá**, v. 2, n. 1, p. 85-94, 2022.

MAMELUQUE, Leopoldo. Aspectos gerais do estado de necessidade no Direito Penal. **Revista Amagis Jurídica**, n. 6, p. 79-106, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**: Parte geral. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MATTAR, João; RAMOS, Daniela Karine. **Metodologia da pesquisa em educação**: abordagens qualitativas, quantitativas e mistas. São Paulo: Grupo Almedina, 2021.

OLIVEIRA, Mariana Figueirêdo; SANTOS, Cinthya Silva. A cultura do punitivismo revisitada nas condenações por furto famélico. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 8, n. 11, p. 596-608, 2022.

OXFAM. **Relatório País estagnado: um retrato das desigualdades brasileiras – 2018**. Disponível em: <https://oxfam.org.br/relatorios/pais-estagnado-um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/>. Acesso em: 10 mar. 2023.

PANIS, Gabriele; SCHERNER, Paula Vitória Zanette; WENDRAMIN, Cassiane. Aplicação do princípio da insignificância pela jurisprudência brasileira. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, v. 4, p. 21275-21275, 2019.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; SODA, Robson Leandro. Do princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no Direito penal brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. 29, n. 2, 2019.

PRADO, Geraldo. **A aplicação do princípio da insignificância no Direito penal**. 4 ed. São Paulo: RT, 2018.

RAPOSO, Clara Izaura Belizário. Maternidade e furto famélico: desigualdade de gênero na aplicabilidade da sanção penal. **Revista Jurídica Eletrônica Direito, Sociedade e Desenvolvimento**, v. 9, n. 17, p. 116-128, 2021.

ROSTIROLLA, Augusto *et al.* A teoria geral do crime: conceito e elementos. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 7, n. 2, p. 937-944, 2021.

RUI, Taniele. Vigiar e cuidar: notas sobre a atuação estatal na “cracolândia”. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 6, n. 2, p. 336-351, 2012.

SABADELL, Ana Lúcia. Elementos do Delito. **Revista de Direito Público**, v. 13, n. 55, p. 116-126, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana**: História, Conceito e Fundamentos. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais e Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SOUZA, Thiago Menezes de. A legítima defesa na perspectiva do Direito penal constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 152, p. 123-160, mar./abr. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

STRECK, Lênio Luiz. **Técnica, Epistemologia e Direito: Ensaios Interdisciplinares**. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

ANEXOS

ANEXO I - *HABEAS CORPUS* Nº 699572 - SP (2021/0326300-9)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***HABEAS CORPUS* Nº 699572 - SP (2021/0326300-9)**

RELATOR	: MINISTRO JOEL ILAN PACIORKIK
IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DIEGO REZENDE POLACHINI - SP309628
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ROSANGELA CIBELE DE ALMEIDA MELO (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ROSÂNGELA CIBELE DE ALMEIDA MELO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento do HC n. 2232330-03.2021.8.26.0000.

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante, em 29/9/2021, pela prática do delito de furto simples (art. 155, *caput*, do Código Penal). A custódia foi convertida em preventiva, nos termos da decisão de fls. 76/80 (Proc. n. 1523714-75.2021.8.26.0268).

Inconformada, a defesa impetrou o *writ* originário, o qual foi indeferido *in limine*, em acórdão assim ementado:

“Habeas Corpus”. Furto simples. Atipicidade da conduta. Princípio da insignificância. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Conversão da prisão em flagrante em preventiva. Decisão fundamentada nos preceitos legais e em detalhes do caso concreto, nada infirmando a segregação. Inteligência dos artigos 312 e 313, inciso II, do Código de Processo Penal. Paciente que ostenta DUPLA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. Necessidade de manutenção da ordem pública, algo não alcançado por singelas cautelares previstas no artigo 319 daquele mesmo Estatuto Processual. Elucubração sobre o cabimento de benesses diante de eventual condenação incompatível com a estreita via eleita. Pandemia de Covid-19 que

não enseja automática concessão de benefícios. Existência de filhos menores que, por si só, não enseja automática prisão domiciliar, benesse colidente com as peculiaridades do caso, prevalecendo o interesse da sociedade sobre o individual. Constrangimento ilegal não verificado de plano. Ordem indeferida liminarmente, dispensados parecer da Procuradoria de Justiça e informações da autoridade coatora (artigo 663 do CPP). (fl. 134)

O impetrante sustenta que: **I**) a prisão em flagrante é ilegal, em razão da ausência de exame de corpo de delito, nos termos da Recomendação n. 62/2020 e da Resolução n. 329/2020, ambas do CNJ; **II**) a subtração de 2 refrigerantes, 1 refrescoem pó e 2 pacotes de macarrão instantâneo, bens avaliados em R\$ 21,69, é materialmente atípica, tendo em vista o princípio da insignificância; **III**) a paciente agiu em estado de necessidade, visto que estava passando fome, motivo pelo qual deve ser reconhecida a ausência de ilicitude do ato; **IV**) o decreto prisional não demonstrou a presença dos requisitos da preventiva; **V**) a vedação à liberdade provisória, com base na reincidência, é inconstitucional; **VI**) por fim, a prisão domiciliar mostra-se cabível, ante o risco de contágio pela covid-19 e o fato de a paciente possuir 5 filhos, sendo 4 menores de 12 anos de idade.

Ao final, requer:

"A) O relaxamento diante das suspeitas de agressões no momento da prisão, não afastadas com a realização de exames de corpo de delito ou, ao menos, a retirada de fotografias;

B) o relaxamento da prisão e o trancamento da ação penal pela atipicidade da conduta imputada, em virtude da insignificância dos fatos, bens avaliados em R\$ 21,69;

C) o relaxamento da prisão e o trancamento da ação penal pela atipicidade da conduta imputada, diante do estado de necessidade, eis que há alegação de fome da indiciada;

D) a revogação da prisão preventiva, sem imposição de outra medida cautelar em razão da não configuração dos requisitos que a justificariam; ou, subsidiariamente,

E) a substituição da prisão preventiva por uma medida cautelar alternativa ao cárcere, preferencialmente o comparecimento periódico em juízo (CPP, arts. 319 e 320, com redação dada pela Lei 12.403/2011).

D) A substituição da prisão em meio fechado pela modalidade domiciliar em virtude da paciente possuir 4 filhos menores de 12 anos, assim como, medida a se evitara contaminação pelo novo coronavírus." (fls. 26/27)

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida. Porém, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Na caso, o funcionário de um minimercado percebeu quando a paciente subtraiu alguns produtos e saiu do estabelecimento sem pagar. Interpelada por uma funcionária, a paciente devolveu uma lata de leite condensado e, ao avistar a polícia, empreendeu fuga. Alcançada e detida pelos policiais, a paciente afirmou que subtraiu os produtos porque estava com fome. Os bens subtraídos, 2 refrigerantes, 1 refresco em pó e 2 pacotes de macarrão instantâneo, avaliados em R\$ 21,69, não foram recuperados (fl. 78). A paciente foi encaminhada ao Pronto Atendimento, por ter ferido o rosto durante a fuga.

Ao converter o flagrante em prisão preventiva, asseverou a Magistrada de primeiro grau que a reincidência afasta a possibilidade de liberdade provisória, nos termos do art. 310, § 2º, do Código de Processo Penal; a reiterada prática de crimes impede a aplicação do princípio da insignificância; a inexistência de residência fixa e atividade lícita, além da reincidência, justificam a prisão preventiva; e, por fim, a prisão domiciliar não se mostra cabível, tendo em vista que a paciente não está incluída no grupo de risco da covid-19 e seus filhos menores de 12 anos estão sob a guarda e cuidados da avó materna, conforme se extrai do seguinte trecho:

"1. Trata-se de prisão de flagrante de ROSANGELA SIBELE DE ALMEIDA MELO. A audiência de custódia não é realizada, extraordinariamente, em virtude da pandemia causada pelo novo coronavírus, a recomendar cumprimento remoto dos atos processuais. Cumpre-se o estabelecido pela Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça e ainda pelo Provimento CSM nº 2545/2020.

[...]

3. Pelo que consta do APF, não há elementos que permitam concluir ter havido tortura ou maus tratos ou ainda descumprimento dos Direitos constitucionais assegurados ao preso.

A autoridade policial deverá atender ao disposto no artigo 8º, §2º, II, da Recomendação CNJ nº 62/2020, isto é, realizar o EXAME DE CORPO DE DELITO" na data da prisão, complementando o laudo com registro fotográfico do rosto e corpo inteiro, a fim de documentar eventuais indícios de tortura

ou maus tratos".

Se necessário, COMUNIQUE-SE a autoridade policial responsável com máxima urgência, pelo modo mais célere possível, certificando-se (com identificação pessoal do delegado comunicado) para assentar eventual futura responsabilidade pessoal.

[...]

No caso em apreço, a prova da materialidade e os indícios suficientes autoria do(s) crime(s) de FURTO (artigo 155, caput, do Código Penal) encontram-se evidenciados pelos elementos de convicção constantes das cópias do Auto de Prisão em Flagrante, com destaque para as declarações colhidas: policiais militares relataram que

foram acionados por populares noticiando furto em um mini mercado e avistaram uma mulher correndo e caindo durante a fuga. Abordaram-na, em posse de uma garrafa de refrigerante, e a indagaram, tendo ela assumido que subtraiu produtos porque estava com fome. No distrito policial, o representante da empresa vítima declarou que observou pelas imagens da câmera de vigilância uma mulher pegando duas garrafas de refrigerante, um pacote de suco em pó e dois pacotes de macarrão instantâneo, colocando os produtos em uma bolsa e saindo do estabelecimento sem pagar. Acrescentou que uma funcionária pediu para a autuada devolver as mercadorias, sendo que ela devolveu uma lata de leite condensado e se recusou a entregar o restante. Consta que a res furtiva foi avaliada em R\$ 21,69 e não recuperada pela empresavítima

Assentado o fumus comissi delicti, debruço-me sobre o eventual periculum in libertatis.

Verifico que a autuada é multirreincidente (fls. 28/31) e não se olvida que a concessão de liberdade provisória é vedada por expressa disposição legal (artigo 310, §2º, do CPP).

Insta salientar que, em que pese delito não apresenta relevada repercussão econômica, a reiterada prática de crimes tem por consequência afastar a aplicação prima facie do princípio da insignificância, conforme entendimento já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal: “o princípio insignificância penal é aplicável apenas quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada, o que reclama criteriosa análise de cada caso, afim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais” (HC nº 121.906/AM, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 18/08/2014).

E “o Supremo Tribunal Federal, em sucessivos julgamentos proferidos por ambas as Turmas desta Corte, tem entendido, em hipóteses como a destes autos, que a reincidência do agente na prática do delito de furto, na modalidade tentada ou consumada revela-se impregnada de significativa lesividade, de modo a afastar a aplicação do princípio da insignificância, não obstante o pequeno valor da “res furtiva”, considerado, para tanto o

elevado grau de reprovabilidade da conduta” (RHC nº 122.815/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14/08/2014). E este não é o momento de realizar análise mais aprofundada da tipicidade do fato.

NÃO há, ainda, indicação precisa de endereço residencial fixo que garanta a vinculação ao distrito da culpa, salientando-se que a autuada declarou estar em situação de rua, denotando que a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei penal, nem de atividade laboral remunerada, de modo que as atividades ilícitas porventura sejam fonte ao menos alternativa de renda (modelo devida), pelo que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento.

Assim, tenho que a segregação cautelar é de rigor, destacando-se que a conduta da autuada é de acentuada reprovabilidade, eis que estava a praticar o crime patrimonial. Mesmo levando-se em conta os efeitos da crise sanitária, a medida é a mais adequada para garantir a ordem pública, porquanto, em liberdade, a indiciada a coloca em risco, agravando o quadro de instabilidade que há no país.

O momento impõe maior rigor na custódia cautelar, pois a população está fragilizada no interior de suas residências, devendo ser protegidas pelos poderes públicos e pelo Poder Judiciário contra aqueles que, ao invés de se recolherem, vão às ruas com a finalidade única de delinquir.

A questão relativa à recomendação do CNJ (soltura em crimes não violentos) não é vinculante ao magistrado e não o impede da análise dos requisitos e pressupostos para a prisão. Aliás, trata-se de questão jurisdicional, e não administrativa. De se ressaltar que medidas preventivas nas unidades prisionais podem ser tomadas em relação a os que ingressam das ruas (como possível isolamento etc.).

Deixo de converter o flagrante em prisão domiciliar porque ausentes os requisitos previstos nos artigos 318 e 318-A do Código de Processo Penal. Embora seja genitora de quatro crianças, não há evidências de que ela é responsável por seus cuidados, sobretudo porque indicou o nome da responsável.

Deixo, ainda, de aplicar qualquer das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conforme toda a fundamentação acima (CPP, art. 282, § 6º). E não se trata aqui de decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena (CPP, art. 313, § 2º), mas sim de que as medidas referidas não têm o efeito de afastar o acusado do convívio social, razão pela qual seriam, na hipótese, absolutamente ineficazes para a garantia da ordem pública.

5. Destarte, estando presentes, a um só tempo, os pressupostos fáticos e normativos que autorizam a medida prisional cautelar, impõe-se, ao menos nesta fase indiciária inicial, a segregação, motivo pelo qual CONVERTO a prisão em

*flagrante de ROSANGELA
SIBELE DEALMEIDA MELO em
preventiva, com fulcro nos artigos 310, inciso II, 312 e 313 do*

Código de Processo Penal." (fls. 76/80)

A jurisprudência desta Corte entende que a habitualidade na prática de condutas delituosas, mesmo que insignificantes, afasta a característica de bagatela, justificando a intervenção do Direito penal. Contudo, há casos em que o grau de lesão ao bem jurídico tutelado é tão ínfimo que não se pode negar a incidência do referido princípio. Essa é a hipótese dos autos. Cuida-se de furto simples de 2 refrigerantes, 1 refresco em pó e 2 pacotes de macarrão instantâneo, bens avaliados em R\$ 21,69, menos de 2% do salário mínimo, subtraídos, segundo a paciente, para saciar a fome, por estar desempregada e morando nas ruas há mais de 10 anos.

Quanto ao tema, confira-se o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TENTATIVA DE FURTO DE 4 (QUATRO) BARRAS DE CHOCOLATE, NO VALOR TOTAL DE R\$ 19,96, (DEZENOVE REAIS E NOVENTA E SEIS CENTAVOS). RESTITUIÇÃO DOS BENS À VÍTIMA. REINCIDÊNCIA X APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*

2. *De acordo com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da insignificância demanda a verificação da presença concomitante dos seguintes vetores (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.*

3. *O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, no caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é reincidente e possui maus antecedentes não faz jus a benesses jurídicas.*

4. *Posta novamente em discussão a questão da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, mesmo diante da reincidência do réu, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.221.999/RS (Rel. Ministro*

Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015), estabeleceu a tese de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, a verificação que a medida é socialmente recomendável.

5. *Situação em que a tentativa de furto recaiu sobre 4 barras de chocolate, avaliadas em R\$ 19,96 (dezenove reais e noventa e nove centavos), bem como os produtos foram devolvidos à vítima.*

6. *Assim, na espécie, a situação enquadra-se dentre as hipóteses excepcionais em que é recomendável a aplicação do princípio da insignificância a despeito da existência de reincidência, reconhecendo-se a atipicidade material da conduta. Precedentes análogos: AgRg no REsp 1415978/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016 e AgRg no AREsp 633.190/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 14/4/2015, DJe 23/4/2015.*

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal, diante da atipicidade material da conduta. (HC 370.101/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 25/11/2016).*

Ressalto que a previsão de manifestação do Ministério P\xfablico Federal antes do julgamento do *habeas corpus* (arts. 64, III, e 202, do RISTJ e art. 1º do Decreto-lei n. 522/69) n\xf3o impede que o relator decida liminarmente a pretensão que se conforma com s\xfumula ou jurisprud\xeancia consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria, nos termos do art. 34, XX, do RISTJ.

A propósito, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. N\xc3O CONHECIMENTO. CONCESS\u00e3O DA ORDEM DE OF\u00c1CIO. JULGAMENTO DO MANDAMUS SEM A PR\u00c9VIA MANIFESTA\u00e7\u00e3O DO MINIST\u00c9RIO P\u00cdBLICO FEDERAL. POSSIBILIDADE. MAT\u00c9RIA CONSOLIDADA NA JURISPRUD\u00c3NCIA. AUS\u00c3NCIA DE DEMONSTRA\u00e7\u00e3O DE PREJU\u00d7O. NULIDADE INEXISTENTE.

O simples fato de o presente habeas corpus haver sido julgado sem a pr\u00e9via manifesta\u00e7\u00e3o do Minist\u00e9rio P\xfablico Federal n\xf3o enseja a nulidade da decis\u00e3o agraviada, uma vez que se trata de mat\u00e9ria consolidada na jurisprud\u00eancia deste Superior Tribunal de Justi\u00e7a, n\xf3o tendo sido apontados quaisquer preju\u00d7os decorrentes da aprecia\u00e7\u00e3o monocr\u00e1tica do processo. Precedentes.

[...]

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 513.993/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 01/07/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA ANTES DA ABERTURA DE PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PARECER MINISTERIAL. FUNÇÃO DE CUSTOS LEGIS. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL EM VIGOR. ENTENDIMENTO RATIFICADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE (AGRAG NO HC 435.092/SP). AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *Malgrado seja necessário, em regra, abrir prazo para a manifestação do Parquet antes do julgamento do writ, as disposições estabelecidas nos arts. 64, III, e 202, do Regimento Interno desta Corte e no art. 1º do Decreto- lei n. 522/1969 não afastam do relator o poder de decidir monocraticamente o habeas corpus.*

2. *Para conferir maior celeridade aos habeas corpuse garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o Direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do Parquet em casos de jurisprudência pacífica. Precedentes.*

[...]

8. *Agravo regimental a que se nega provimento.*

(AgRg no HC 475.293/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 03/12/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ORDEM CONCEDIDA LIMINARMENTE ANTES DA ABERTURA DE PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. NULIDADE DO JULGADO NÃO EVIDENCIADA.

1. *Embora seja necessária, em regra, a abertura de prazo para a manifestação do Parquet antes do julgamento do habeas corpus, as disposições estabelecidas nos arts. 64, III, e 202 do RISTJ, e no art. 1º do Decreto-Lei n. 522/1969, não afastam do relator o poder de decidir monocraticamente a impetração nos casos em que a decisão impugnada confrontar súmula do Superior Tribunal de Justiça ou a jurisprudência dominante acerca do tema (art. 34, XX, do RISTJ).*

2. *É imprescindível conferir maior celeridade ao writ para garantir a real efetividade da decisão judicial, sem a necessidade de prolongar a manifesta ilegalidade, sobretudo quando o constrangimento ilegal é perceptível já no primeiro olhar e afeta direta e imediatamente a liberdade de ir e vir do paciente.*

3. *Na espécie, o Tribunal de Justiça, ao prover o recurso ministerial, determinou a retificação do cálculo das penas, por considerar o crime de tráfico privilegiado como hediondo; entendimento este, em total dissonância com a jurisprudência do STF e do STJ.*

4. Não é perceptível qual prejuízo teria o interesse público pela falta de interferência do Parquet antes da tomada da decisão. Aliás, o agravante nem sequer indicou eventual equívoco ou ilegalidade no decisum agravado.

5. *Agravo regimental improvido.*

(AgRg no HC 423.404/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe01/06/2018)

**PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL
EM HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT
SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO PARQUET. NULIDADE.
INEXISTÊNCIA.**

1. A previsão regimental que cuida da abertura de vista ao Parquet antes do julgamento de mérito do habeas corpus impetrado perante esta Corte (RISTJ, arts. 64, III, e 202) não retira do relator do feito a faculdade de decidir liminarmente a pretensão que se conforma com súmula ou jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria.

2. Interpretação do art. 557 do Código de Processo Civil (cuja aplicação subsidiária ao processo penal é autorizada pelo art. 3º do CPP), do art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e do art. 34 do RISTJ, para dar maior efetividade à norma constitucional que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam sua celeridade (art. 5º, LXXVIII, da CF, incluído pela EC n. 45/2004).

3. A decisão não conheceu do habeas corpus porque o posicionamento do Tribunal a quo encontra-se em perfeita consonância com a atual jurisprudência desta Corte no sentido de que a manutenção da pena restritiva de Direitos no caso de nova condenação em regime fechado somente é possível na hipótese em que exista compatibilidade no cumprimento das reprimendas.

4. Ciência posterior do Parquet, situação que, longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido. Precedentes.

5. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no HC 339.179/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 23/02/2016)

**AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO JULGAMENTO DOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NA ORIGEM.
IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NO
JULGAMENTO DOSEDCL NO RESP N. 1.484.415/DF QUE
RESSALVOU A NECESSIDADE DE AGUARDAR O
ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA.
POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO
DA
CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO.**

1. Deve ser mantida a decisão monocrática que concedeu liminarmente a ordem para permitir que a agravada aguarde em liberdade o julgamento dos embargos de declaração

opostos no Tribunal de origem, suspendendo, até que ocorra a apreciação dos aclaratórios, a execução provisória da pena.

2. "Embora seja necessária, em regra, a abertura de prazo para a manifestação do Parquet antes do julgamento do habeas corpus, as disposições estabelecidas nos arts. 64, III, 202 do RISTJ e no art. 1º do Decreto-Lei n. 522/1969 não afastam do relator o poder de decidir monocraticamente a impetração nos casos em que a decisão impugnada confrontar súmula do Superior Tribunal de Justiça ou a jurisprudência dominante acerca do tema (art. 34, XX, do RISTJ). É imprescindível conferir maior celeridade ao writ para garantir a real efetividade da decisão judicial, sem a necessidade de prolongar a manifesta ilegalidade, sobretudo quando o constrangimento ilegal é perceptível já no primeiro olhar e afeta direta e imediatamente a liberdade de ir e vir do paciente" (AgRg no HC n. 483.315/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 11/04/2019)

3. Com efeito, por ocasião do julgamento dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, ocorrido no dia 3/3/2016, a Sexta Turma desse Tribunal Superior concluiu pela validade da determinação de início imediato de execução provisória da pena após o esgotamento da jurisdição ordinária – o que não ocorreu na espécie.

4. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no HC 510.716/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 28/08/2019)

Ante o exposto, com base no art. 34, XX, do RISTJ, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para reconhecer a atipicidade material da conduta, ante a incidência do princípio da insignificância, com o consequente trancamento do inquérito policial e expedição de alvará de soltura em favor da paciente.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 13 de outubro de 2021.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator