O CRIME DE ROUBO, A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – UMA HARMONIZAÇÃO NECESSÁRIA

Paulo Roberto Fonseca Barbosa, Pós-graduando em Ciências Criminais pela Faculdade Social da Bahia/FSBA; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz/UESC; Juiz de Direito do TJ/SE**.**

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo precípuo demonstrar a real possibilidade de incidência do princípio da insignificância no crime de roubo, fazendo cair por terra a tipicidade material do fato, impondo-se a consequente declaração de atipicidade da conduta. Acreditamos, dessa maneira, que estaremos evidenciando mais uma hipótese de cabimento da bagatelaridade, com redução do tipo penal incriminador e, ainda, por consequência, contribuindo com a moderna política criminal.

PALAVRAS-CHAVES: Direito penal; roubo; princípio da insignificância; interpretação constitucional; exclusão da tipicidade material; moderna política criminal.

ABSTRACT: The main objective of the study is to demonstrate the real possibility of incidence of the insignificant principle in the crime of theft, desintegrating the justifying cause of the fact, imposing the subsequent declaration of atypical behavior. We believe that, in this way, we will be highlighting another hypothesis of the insignificant acceptance, reducing the criminal offense where the incriminating evidence is unsuficient, and also, consequently, contributing to the modern criminal policy.

KEYWORDS: Criminal law; theft; principle of insignificance; constitutional interpretation; exclusion of material; modern criminal policy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do crime de roubo (próprio e impróprio): algumas breves considerações à luz da doutrina e jurisprudência nativa. 3. Da força normativa da Constituição Federal e seus consectários no âmbito do Direito Penal. 4. Do princípio da intervenção mínima: o

caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal. 5. Do principio da insignificância como verdadeiro postulado da moderna Política Criminal. 6. Do Supremo Tribunal Federal (STF): critérios para a segura aplicação do princípio da insignificância e a incongruente persistência dos aspectos subjetivos. Um réquiem ao temerário Direito Penal do Autor na teoria do delito. 7. Da necessária e inevitável aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo: uma interpretação viável à luz das normas constitucionais e diante da perda de legitimidade do sistema penal. 8. Considerações finais. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Não é de agora o embate travado entre o Poder Público e as mazelas sociais, dentre as quais se avulta cada vez mais ocorrente o aumento substancial da criminalidade, causando enorme intranquilidade entre os cidadãos. Tal fato é notório, sendo maciçamente divulgado por todos os meios de comunicação, tornando-se tema assaz candente e sempre atual. A sociedade vive amedrontada e cautelosa, muitos em estado de *stress pré-traumático* (SEPT)[1], aguardando sempre uma resposta mais enérgica do Poder Público, com a criação de novos delitos e exasperação das penas já existentes.

O crime não é mais encarado como um fato social normal, necessário e útil, ao passo em que o criminoso não é visto como um *agente regulador da vida social*, tal qual preconizado outrora por Émile Durkheim[2]. Longe disso. O crescimento delitivo conduz a um *estado de emergência*[3], o qual, para alguns, legitimaria a inflação legislativa criminal e o agravamento das penalidades. O agente recebe agora a pecha de inimigo, chegando, n'alguns casos, a ser tachado de *animal selvagem predador*[4], ainda quando se trate de

[1] São altos níveis de ansiedade demonstrados por indivíduos que temem por sua segurança em razão da possibilidade de sofrerem ataques futuros.

[2] DURKHEIM (2005. p. 82-87).

[3] Para Leonardo Sica "o crescimento da violência e o aparecimento de novas formas de criminalidade desembocaram num medo social que, aliados às históricas razões que manipulam esse sentimento irrefletido da coletividade e à falência do Estado em oferecer políticas sociais efetivas, fomentaram, então, o Direito Penal de Emergência". SICA (2002, p. 206)

[4] DITTICIO (2005, p. 02).

adolescente.

Nesse contexto, dentre os inúmeros outros tipos penais existentes, o roubo, incluindo todas as suas modalidades, vem ocupando lugar de destaque na triste estatística criminal. Em nossa experiência como magistrado na área referenciada, pudemos sentir que, em determinadas situações, mais adiante explicitadas, o Direito Penal ganha força como um dos principais mecanismos com aptidão de conter eficazmente dita criminalidade latente, desde que utilizado de maneira racional e equilibrada.

Contudo, o emprego e nível de atuação do Direito Penal na luta contra o avanço das práticas delitivas não é um consenso, formando-se, nesse ponto, três correntes distintas, a saber: o Abolicionismo Penal, o Movimento de Lei e Ordem e o Direito Penal Mínimo. Desse modo, objetivamos demonstrar neste ensaio a real possibilidade de aplicação de uma das facetas do Direito Penal Mínimo, o princípio da insignificância, no crime de roubo, por ser essa uma tendência inevitável e a justa materialização de uma vontade constitucional.

Com efeito, é por demais evidente o avanço doutrinário e jurisprudencial no tocante à efetiva implementação do princípio da insignificância em diversos casos concretos. A timidez existente em outros momentos já não mais persiste, tanto mais por conta da reconhecida força normativa dos princípios. Precioso, aqui, o escólio de Celso Antonio Bandeira de Melo[5], para quem "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer", sendo "a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido".

Hoje o reconhecimento da bagatelaridade (desvalor da ação ou do resultado jurídico) já tem inclusive seus contornos sedimentados pela jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal (STF)[6]. Porém, a grande maioria dos magistrados tupiniquins não reconhece a utilização do referido princípio no crime de roubo. E aqueles poucos que o fazem, na nossa ótica, agem de forma inadequada, eis que dividem o crime de roubo (furto, ameaça, constrangimento ilegal e lesão corporal) e aplicam a insignificância apenas na parte patrimonial, ensejando uma arquitetura jurídica sem base razoável.

Ora, se a tipicidade material vem sendo paulatinamente excluída,

[5] DE MELO (2001, p.771).

[6] BRASIL. STF. HC 84.412-SP, rel. Min. Celso de Mello.

por meio de sentenças e acórdãos, em um grande rol de delitos (lesão corporal leve, posse ilegal de arma de fogo, furto, peculato, moeda falsa, descaminho etc.), pensamos ser possível também a incidência dos critérios de insignificância no crime de roubo, mais precisamente na parte em que o tipo incriminador enuncia "por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência", como mecanismo de prestigiar o princípio da intervenção mínima do direito penal.

Roubar, então, poderia ser uma conduta taxada de insignificante?

Entendemos que sim e tentaremos demonstrar mais adiante.

Por certo, em tempos de *populismo penal*, no qual as classes menos favorecidas são as mais prejudicadas, num país em que a Constituição Federal é caracterizada como dirigente e elege dentre um de seus fundamentos a *dignidade da pessoa humana* (art. 1, inc. III), objetivando *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais* (art. 3, inc. III), é louvável toda tentativa de alargar o âmbito de eficácia do princípio da insignificância, tanto mais por endosso da notoriedade da falência e perda da legitimidade do sistema prisional.

2. DO CRIME DE ROUBO (PRÓPRIO E IMPRÓPRIO): ALGUMAS BREVES CONSIDERAÇÕES À LUZ DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA NATIVA

Em um dado momento de nossa história (1603 até 1830), teve vigência o *Livro V* das Ordenações Filipinas, o qual mereceu duras críticas ante a ausência de garantias penais. Bastava uma superficial leitura dos seus textos para notar o terror que permeava aquela legislação, sendo frequente a utilização da pena de morte, mutilações, queimaduras e até mesmo penas humilhantes, tais como o uso de capelas de chifres para os maridos tolerantes à traição.

O crime de roubo despontou nesse contexto, mais precisamente no *Livro V*, título 61, assim gizado:

> "Pessoa alguma, de qualquer qualidade que seja, não tome cousa alguma per força e contra vontade daquele, que a tiver em seu poder.
> E tomando-a per força se a cousa asso tomada valer mais de mil reis, morra por isso morte natural.

> E se valer mais de mil reis, ou dahi para baixo, havará as penas que houvera, se a furtará, segundo fôr a valia della.
> O que tudo haverá lugar, postoque allegue, que offerecia o preço da coisa ao possuidor, ou que lhe deixou o dito preço: porque, como fôr contra sua vontade, queremos que haja ditas penas.
> Porém, se forem mantimentos, e o que os tomar for Cavalleiro, ou pessoa semelhante, ou dahi para cima, não haverá a pena desta Ordenação, mas as penas que dissemos no segundo Livro, Título 50: Que os Senhores de terras, nem outras pessoas não tomem, etc.
> E a pessoa, a que fôr provado, que em caminho, ou no campo, ou em qualquer lugar fóra de povoação tomou per força, ou contra vontade a outra pessoa cousa, que valha mais de cem reis, morra morte natural.
> E sendo de valia de cem reis para baixo, seja açoutado e degradado para sempre do Brazil."

O tipo era longo e cheio de lacunas, facilitando interpretações de toda ordem, ao passo em que as penas revestiam-se de brutal severidade. O atual crime de roubo tem sua redação mais enxuta e precisa e as penas são bem mais brandas, em apego aos princípios constitucionais. É doutrinariamente qualificado como *complexo*, eis que formado pela junção de dois ou mais tipos penais, a saber: furto (art. 155, do CP) e constrangimento ilegal (art. 146, do CP) e/ou lesão corporal (art. 129, do CP). Teve em mente o legislador a proteção do patrimônio, da liberdade individual e integridade física do ofendido. Note-se que, ainda que haja morte (latrocínio), se a intenção do agente era a subtração de determinado bem, persiste a natureza patrimonial do crime.

Lastreada nas disposições do delito em testilha, a doutrina assim o divide: a) roubo próprio (*caput*); b) roubo impróprio (§1º), c) roubo qualificado[7] pelas circunstâncias (§2º); d) roubo qualificado pela lesão corporal grave (§3º, primeira parte) e, e) roubo qualificado pela morte ou latrocínio (§3º, segunda parte). Em cada parte acima enunciada, persistem pontos obscuros, com entendimentos diversos. Trataremos aqui somente das duas primeiras

[7] Trata-se de causa de aumento de pena, não sendo tecnicamente correto o termo *qualificado*.

figuras do roubo (próprio e impróprio), eis que relacionadas ao tema do presente artigo.

Vejamos.

No roubo próprio, o agente, fazendo uso inicial de grave ameaça ou violência, ou após o emprego de qualquer meio apto a extinguir a capacidade de resistência do ofendido, subtrai o objeto pretendido. A grave ameaça deve ser entendida como uma promessa concreta de mal e analisada em conjunto com outros fatores (fragilidade da vítima, local, momento etc.). A violência é o emprego de força física (lesão corporal leve ou vias de fato), sublinhando que a lesão grave ou a morte servem como qualificadoras.

A terceira figura diz respeito a qualquer meio, o qual retire da vítima suas chances de oposição (violência imprópria). Essa parte do artigo é pouco comentada pela doutrina, porém, terá grande enfoque neste trabalho, eis que demonstraremos, em momento oportuno, a viabilidade jurídica de fazer incidir neste ponto o princípio da insignificância.

Nesse panorama, ensina Magalhães Noronha[8]:

> "Cabem na expressão os meios de natureza físico-moral, que produzem um estado fisiopsíquico, o qual tolhe a defesa do sujeito passivo. Assim, a ação dos narcóticos, anestésicos, álcool e mesmo da hipnose. São processos fisiopsíquicos porque atuam sobre o físico da pessoa, mas produzem-lhe anormalidade psíquica, vedando-lhe resistência à ação do agente."

Por sua vez, no roubo impróprio (roubo por aproximação) o apoderamento da coisa é ato primeiro, constituindo-se a grave ameaça ou a violência em instrumentos para consecução da impunidade ou detenção do objeto. Vale registrar que nessa modalidade de roubo não existe a terceira figura (violência imprópria), consistente no emprego de qualquer meio, verberando Magalhães Noronha[9] que o legislador foi omisso nesse ponto e, se a omissão foi voluntária, agiu de forma reprovável.

Damásio de Jesus[10], sedimentando, nos diz o seguinte:

---

[8] NORONHA (1995. p. 151).

[9] Ob. cit. p. 152.

[10] DE JESUS (2011. p. 336).

> "A distinção entre roubo próprio e impróprio reside no momento em que o sujeito emprega a violência contra a pessoa ou grave ameaça. Quando isso ocorre para que o sujeito subtraia o objeto material, há roubo próprio. Quando, porém, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou continuar na sua detenção, para ele ou para terceiro, comete roubo impróprio. A diferença se encontra na expressão 'logo depois de subtraída a coisa'."

O momento da consumação nas duas modalidades de roubo é tema ainda nebuloso perante nossos Tribunais e doutrina. No roubo próprio, vem sendo aplicado entendimento semelhante àquele dispensado ao furto, ou seja, o tipo tem sua perfeição com a retirada inicial do objeto, sem necessidade do exercício da posse mansa e pacífica pelo agressor nem a saída da esfera de vigilância da vítima. É esse o posicionamento de nossas Cortes Superiores (STF e STJ). Em prol da tese ora esposada, permitimo-nos aderir o quanto decidido recentemente no REsp 1220817, cuja relatoria ficou sob a batuta do Exmo. Sr. Min. Og Fernandes, assim ementado, *ad litteram*:

> RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS PRATICADOS EM CONCURSO FORMAL. TENTATIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESNECESSÁRIA A POSSE TRANQUILA DA COISA SUBTRAÍDA. CRIME CONSUMADO.
>
> 1. De acordo com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, considera-se consumado o crime de roubo, assim como o de furto, no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que não obtenha a posse tranquila, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima para a caracterização do ilícito.
>
> 2. Vale ressaltar que "a questão do momento consumativo do crime de roubo é por demais conhecida desta Corte Superior, não se tratando,

> nos autos, de reexame de provas, mas sim de valoração jurídica de situação fática." (AgRg no REsp 721.466/SP, Relator Ministro CELSO LIMONGI – DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, DJe 1º/7/2009).
> 3. Todavia, não há como restabelecer a sanção fixada na sentença condenatória, visto que o Tribunal de origem diminuiu o percentual decorrente das causas de aumento de pena, não sendo esses fundamentos atacados pelo recorrente nas razões do especial.
> 4. Recurso especial parcialmente provido para, reconhecida a consumação dos crimes de roubo, fixar a reprimenda do recorrido, definitivamente, 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, mantido o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.
>
> (STJ. REsp 1220817/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011)

Em rumo oposto, Celso Delmanto[11] *et al*, prega a necessidade da posse mansa e tranquila do objeto em poder do agente como pressuposto necessário à consumação da empreitada ilícita, dizendo que "o roubo próprio (*caput*) consuma-se quando a coisa é retirada da esfera de disponibilidade do ofendido e fica em poder tranquilo, ainda que passageiro, do agente". Alguns julgados das Cortes Estaduais encampam o escólio de Celso Delmanto, sendo oportuna a transcrição da seguinte ementa, *ad verbum*:

> ROUBO. CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQUILA POR ALGUM TEMPO. O roubo se consuma no momento que o agente tem, mesmo que por pouco tempo, a posse tranquila e desvigiada da *res* subtraída mediante grave ameaça ou violência. A rápida recuperação da coisa e a prisão do autor do delito não caracterizam a tentativa. Apelo provido em parte. PENA. FIXAÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO.

[11] DELMANTO (2000. p. 321).

> POSSIBILIDADE. É possível a fixação da pena em patamar abaixo do mínimo legal, estabelecido na lei penal. Se as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP determinam uma punição no mínimo e se reconhece, em favor do acusado, atenuantes do art. 65 do mesmo diploma legal. Em particular as relevantes da confissão e menoridade. Este posicionamento não encontra obstáculos na lei penal. O artigo 59 não faz nenhuma menção a limites e o 65, expressamente, declara que aquelas circunstâncias sempre atenuam a pena. Voto vencido. (Apelação Crime Nº 70003534229, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 02/05/2002).

Concessa venia, entendemos que a consumação concretiza-se com a simples subtração do bem pelo agente, mediante o uso de violência ou grave ameaça. Aos nossos olhos, o tipo não exige, em nenhum momento, a posse mansa e tranquila e nem a retirada do objeto do âmbito de vigilância e disponibilidade do ofendido (teoria da *amotio*). Tais exigências se constituem, a bem da verdade, em mero exaurimento da conduta delitiva. A tentativa, assim, é perfeitamente possível, ficando adstrita aos casos em que, por motivos alheios à vontade do ofensor, a subtração da *res* é inexitosa.

Por sua vez, o roubo impróprio consuma-se com o emprego da violência ou grave ameaça, *logo depois de subtraída a coisa.* Nessa toada, uma vez cabível o fracionamento do *iter criminis* no momento do uso da violência ou grave ameaça, entendemos ser também viável a incidência do *conatus*. Basta imaginar o seguinte exemplo: Gaio retira uma carteira porta cédulas do bolso de Mévio, o qual de imediato percebe o ato e parte em visível perseguição a Gaio, sendo que este último, ao tentar sacar a sua arma, no afã de garantir sua empreitada, é contido. Típico caso de roubo impróprio tentado. A moderna doutrina penal abriga entendimento similar. A jurisprudência ainda é rasa nesse ponto.

Vale realçar a inexistência de violência imprópria no roubo impróprio.

3. DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS CONSECTÁRIOS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

A história do Direito Constitucional ocidental nos conduz ao constante e paulatino aprimoramento das Constituições. De simples *pedaço de papel*,

subjugado aos *fatores reais de poder*, consoante defendia Ferdinand Lassalle[12], as Constituições passaram a ocupar posto de Lei Fundamental, imprimindo (i)legitimidade às demais normas, constituindo-se em pedra angular de todo sistema normativo vigente. Lançando mão do escólio de Hans Kelsen, densificados em 1934, em sua obra mais famosa, *Teoria Pura do Direito*[13], a Constituição é fincada no topo da pirâmide jurídica, fornecendo (in) validade às demais disposições legais, nesses termos:

> "A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as disposições daquela. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora."

Nessa ordem de ideias, e seguindo o processo de evolução dos textos constitucionais, eis que presenciamos, na segunda metade do século XX, o surgimento do *neoconstitucionalismo*, com uma nova concepção de legalidade, tendo por escopo a máxima efetividade dos direitos fundamentais, erigidos sob a égide da dignidade da pessoa humana, que passa a ser positivada no seio constitucional . É a etapa que inaugura o pós-positivismo, com a primazia dos princípios e o reconhecimento da força normativa das constituições,

---

[12] Em 16 de abril de 1862, Lassalle advogou sua tese fundamental sobre a essência da Constituição, pontuando que "juntam-se esses fatores reais de poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra lei, e por conseguinte é punido". LASSALE (2003, p. 35).

[13] KELSEN, (1999. p. 247).

sendo oportunas e esclarecedoras as palavras de Ana Paula de Barcellos[14], quando delineia as premissas do *neoconstitucionalismo*, *verberattim*:

> "O constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega."

Por sua vez, a nossa Carta República de Outubro veio à lume içando como um de seus fundamentos a *dignidade da pessoa humana*[15] (art. 1, inc. III), objetivando *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais* (art. 3º, inc. III). Essa vontade expressa do legislador constituinte originário não é letra morta. Ao nosso pensar, e comungando dos ensinamentos de José Afonso da Silva, trata-se de disposições *programáticas*[16],

---

[14] DE BARCELLOS (2007. p. 3).

[15] Adotamos a conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem dignidade da pessoa humana é "a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida". *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Editora Livraria do Advogado, p. 70.

[16] Para renomado constitucionalista *apud* J. H. Meirelles Teixeira, as normas programáticas seriam "aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e

porém, com eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, eis que trazem ínsitas o poder de guiar toda interpretação, integração e aplicação do arcabouço jurídico positivo vigente, mormente quando a questão de fundo verse sobre conteúdo penal.

O tema, advertimos, ainda é controverso.

Parte da doutrina tradicional não confere juridicidade às normas programáticas. A premissa chave para aqueles que negam tal caráter jurídico, se deve ao fato de não solucionar casos concretos, não possuindo, assim, imperatividade, mas apenas cunho moral. Entretanto, a moderna hermenêutica constitucional tem repudiado a negação de eficácia jurídica àquelas normas, tanto mais por conta do *princípio da unidade da constituição*, segundo o qual não deve haver hierarquia entre as normas constitucionais[17].

Ademais disso, Recaséns Siches, citado por José Afonso da Silva[18], nos diz que as normas programáticas sinalizam para o intérprete, no caso concreto/judicial, fornecendo-lhe sim uma solução, da seguinte forma:

> "Na função judicial, se produzem valorações ou estimativas. Isso porque não quer significar que tais valorações ou estimativas sejam a projeção do critério axiológico pessoal do juiz, de seu juízo valorativo individual. Pelo contrário, as mais das vezes, sucede, e assim deve ser, que o juiz emprega, como critérios valoradores, precisamente as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica positiva, e trata de interpretar esses cânones estabelecidos pela ordem vigente, pondo-os em relação com as situações concretas de fato que se lhe antolham. Inclusive naqueles casos que apresentam uma especial dificuldade e muita complicação, o que o juiz faz ordinariamente, e isto é o que deve fazer, consiste em investigar quais são os critérios hierárquicos de valor, sobre os quais está fundada e pelos quais está fundada e pelos quais está inspirada a ordem jurídica positiva,

imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado". (DA SILVA, 2009, p. 138.

[17] Para Otto Bachof é possível a existência de normas constitucionais e inconstitucionais. *In*: Normas constitucionais inconstitucionais. Editora Almedina, 2001.

[18] DA SILVA (2009. p. 157).

> e servir-se deles para resolver o caso submetido à sua jurisdição."

É preciso, então, que operador jurídico tenha, diante do caso concreto posto ao seu crivo, *vontade de constituição*, trilhando sua interpretação à luz dos preceitos espraiados na *Lex Legum*, conjugando o problema à sua realidade, consoante alardeado, desde os idos de 1959, pelo jurista alemão Konrad Hesse, para quem:

> "A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)."[19]

Postas tais premissas, entendemos ser perfeitamente possível e necessário extrair a *força normativa* constitucional, tendo em mira os anseios nela derramados pelo legislador, importando os seus comandos para campo social, precipuamente orientando aqueles que militam na seara penal, onde se lida com bem tão caro, qual seja: a liberdade humana. Em socorro ao nosso pensamento, úteis, mais uma vez, as palavras de Hesse, para quem:

> "um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de constituição."[20]

[19] KONRAD (1991. p. 19).

[20] Ob. Cit. p. 21.

Ora, não temos como negar, o simples fato de figurar como réu em uma demanda criminal tem energia suficiente para macular a dignidade de qualquer indivíduo, contribuindo com um indesejável quadro de marginalização e desigualdade – tal fato é notório. Bem por isso, deflagramos *hic et nunc* a possibilidade de se implementar/aplicar o princípio da insignificância ao crime de roubo, em conformidade com os comandos constitucionais, ainda mais quando estamos versando sobre *fundamentos* e *objetivos* traçados numa reunião do Poder Constituinte Originário[21], o qual edificou um texto normativo dirigente, que, indubitavelmente, não é compatível com um Estado Penal e sim com um Estado Social.

Dito isso, e uma vez presentes os pressupostos de cabimento da bagatelaridade no roubo, na forma mais adiante por nós demonstrada, é dever do Estado-juiz fazer cessar o constrangimento ao réu, preservando, por conseguinte, sua dignidade, bem como afastando sua eventual marginalização social. Daí, então, presenciaremos a concretização no mundo real dos desejos (*rectius*: fundamentos e objetivos) plasmados no corpo da nossa Constituição, sempre em busca de uma ordem penal materialmente justa e consentânea com a nossa realidade, a qual ainda persiste em *selecionar*[22] seus criminosos.

4. DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: O CARÁTER FRAGMENTÁRIO E SUBSIDIÁRIO DO DIREITO PENAL

Calcada na Revolução Americana de 1776 e tomando por base os ideais oriundos do Iluminismo, a Assembleia Nacional Constituinte da França aprovou, no ano de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual trazia em seu corpo o art. 8°, rezando o seguinte: "A lei apenas deve estabelecer *penas estrita e evidentemente necessárias* e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada". Eis a gênese do princípio da intervenção mínima, fonte da qual brotam duas importantes facetas do moderno Direito Penal, quais sejam: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

---

[21] Para Maurício Antonio Ribeiro Lopes, a denominação seria Poder Constituinte fundacional secundário, LOPES *(*2000. p.62).

[22] Zaffaroni chega a afirmar que "o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis". ZAFARONI *(*2010. p. 27).

É o Direito Penal como *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos.

Pelo viés da fragmentariedade, observa-se que não são todos os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, mas apenas aqueles *fragmentos* eleitos pelo legislador como os mais importantes ao bom desenvolvimento dos indivíduos (vida, liberdade, meio ambiente etc.). Trata-se de uma garantia político-criminal, eis que o objeto a ser tutelado/protegido passa a exercer papel fundamental na construção dos delitos. Com efeito, é através do caráter fragmentário do Direito Penal, aliado ao conceito de bem jurídico, que se põe um freio na ânsia de criação de novas condutas típicas pelo legislador, limitando o poder de punir estatal.

Vale a pena conferir, nesse ínterim, o escólio de Luiz Regis Prado:

> "A doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito. Surge ela, pois, 'como evolução e ampliação da tese original garantista do delito como lesão de um direito subjetivo e com o propósito de continuar a função limitativa do legislador, circunscrevendo a busca dos fatos merecedores de sanção penal àqueles efetivamente danosos à coexistência social, mas lesivos de entidades reais – empírico naturais – do mundo exterior."[23]

Em sequência, impende ainda sublinhar a subsidiariedade, por meio da qual o Direito Penal somente deve ser acionado em última hipótese (*rectius*: *ultima ratio*), por motivo de ineficiência dos demais ramos jurídicos na proteção de determinados bens, os quais precisam apresentar um mínimo de importância jurídico-social. Isto em razão "da drástica intervenção do Direito Penal, com todas as suas consequências maléficas, a exemplo do efeito estigmatizante da pena, dos reflexos que uma condenação traz sobre a família do condenado etc."[24]

Força constatar, nessa linha de intelecção, que a legitimidade para criminalização de um fato deve passar obrigatoriamente pelo filtro

[23] PRADO (2011. p. 31).

[24] GRECO (2002 p. 73-74)

de sua estrita e real necessidade, sob pena de transgressão aos ditames constitucionais, mormente desrespeitando os direitos elencados como fundamentais. Conclui-se, pois, que o princípio da necessidade ou intervenção mínima tem implícito recinto constitucional.

Nesse sentido, permitimo-nos transcrever as lúcidas ideias de Luiz Luisi:

> "A Constituição vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5˚, *caput*), e põe como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, no art. 1˚ do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social. Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa *Grundnorm*, tratando-se de um postulado nela inequivocamente implícito."[25]

Entretanto, temos presenciado, infelizmente, uma imensa inflação legislativa penal, em total desrespeito ao princípio da intervenção mínima e que, por via reflexa, termina por ofender aos preceitos da nossa Carta de Outubro, em especial à dignidade da pessoa humana. Isto porque, sem sombra de dúvidas, o nascimento desnecessário de novos tipos de delitos termina por ferir a dignidade daqueles *futuros criminosos*, que levarão consigo o *etiquetamento* de réu, condenado e/ou (ex)detento, fomentando um indesejável processo de marginalização social.

Debruçando-nos sobre a história, mais precisamente no final do século passado, a Itália também sofreu com o aumento significativo de leis penais incriminadoras. Luiz Luisi, mais uma vez, nos diz que naquele país peninsular se erigiu um processo de *desinflação penal*, com a transformação

[25] LUISI, (2003, p. 40)

de pequenos delitos em infrações administrativas. Outrossim, formou-se um corpo de talentosos juristas italianos, dentre eles Francesco Palazzo e Emilio Dolcini, os quais passaram a fixar critérios, por meio de circulares, a servir de norte ao legislador no momento de elaboração dos tipos penais, concluindo que:

> "Os critérios recomendados para elaboração de novos tipos penais, segundo as circulares referidas, são o da proporção e da necessidade. Em primeiro lugar para que se possa elaborar um tipo penal, dispõe as circulares mencionadas, - é necessário que o fato que se pretende criminalizar atinja interesses fundamentais, valores básicos do convívio social, e que a ofensa a esses valores, a esses bens jurídicos, seja de efetiva e real gravidade. E por outro lado, é indispensável que não haja outro meio, no ordenamento jurídico capaz de prevenir e reprimir tais fatos com a mesma eficácia da sanção penal. Ou seja: é preciso que haja a necessidade inquestionável e inalterável de tutela penal. Condição, portanto, para a criação de um novo tipo penal é que o bem jurídico a tutelar seja de relevância superlativa para o convívio social, e que a forma em que o fato o violenta seja realmente grave."[26]

Seguindo a essa mesma linha de *purificação do direito penal*, sublinhando sua vertente subsidiária, o festejado mestre de Coimbra, Eduardo Correia, alimentado pelo direito alemão, semeou no ordenamento jurídico português, já nos idos de 1960, a necessidade de se instituir um processo de descriminalização, expurgando do direito penal lusitano as contravenções. Tal fato se concretizou com o advento do Decreto-Lei n° 232/79, de 24 de julho, o qual passou a ocupar o posto de primeiro diploma a tratar do chamado *direito administrativo sancionador*, com natureza distinta das normas incriminadoras.[27]

A intervenção penal cede espaço para a intervenção administrativa.

O legislador português positiva a ideia do direito penal como última

[26] Ob. Cit. p. 45.

[27] OSÓRIO (2007).

instância.

Alvo de críticas, em razão de sua incompatibilidade constitucional, o Decreto-Lei n°232/79 cedeu espaço para o Decreto-Lei n° 433/82, de 27 de outubro, que encontrou legitimidade na revisão constitucional levada a efeito em 1982, a qual trouxe em seu bojo previsão expressa sobre o direito administrativo sancionador. Nesse novo cenário legal português, saem de cartaz as contravenções e as penas, passando a viger, respectivamente, as denominadas *contra-ordenações* e as *coimas*. O ilícito penal transmuda-se em ilícito administrativo, gerando sanção pecuniária e as seguintes sanções acessórias:

a) Apreensão de objetos.

b) Interdição de exercer uma profissão ou uma actividade.

c) Privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidades ou serviços públicos.

d) Privação do direito de participar em feiras, mercados, competições desportivas, ou de entradas em recintos ou áreas de acesso reservado.

e) Privação do direito de participação em arrematações e concursos promovidos por entidades ou serviços públicos, de obras públicas, de fornecimento de bens e serviços, ou concessão de serviços, licenças ou alvarás.

f) Encerramento do estabelecimento ou cancelamento de serviços, licenças e alvarás.

E para deixar bem clara a finalidade do legislador, que optou pela vertente do *direito penal mínimo*, desnudando seu viés subsidiário, impende enxertar agora trechos do preâmbulo do Decreto-Lei n° 433/82, *ad litteram*:

> "A necessidade de dar consistência prática às injunções normativas decorrentes deste novo e crescente intervencionismo do Estado, convertendo-as em regras efectivas de conduta, postula naturalmente o recurso a um quadro específico de sanções. Só que tal não pode fazer-se, como unanimemente reconhecem os cultores mais qualificados das ciências criminológicas e penais, alargando a intervenção do direito criminal. Isto significaria, para além de uma manifesta degradação do direito penal, com a consequente e irreparável perda da sua força de persuasão de prevenção, a

> impossibilidade de mobilizar, preferencialmente, os recursos disponíveis para as tarefas da prevenção e repressão da criminalidade mais grave. Ora é esta que de forma mais drástica põe em causa a segurança dos cidadãos, a integridade das suas vidas e bens e, de um modo geral, a sua qualidade de vida."

Daí porque conclui da seguinte maneira, *verbo ad verbum*:

> "O texto aprovado para o artigo 18˚, n˚ 2, consagra expressamente o princípio em nome do qual a doutrina penal vem sustentando o princípio da subsidiariedade do direito criminal. Segundo ele, o direito criminal deve apenas ser utilizado como a *ultima ratio* da política criminal, destinado a punir as ofensas intoleráveis aos valores ou interesses fundamentais à convivência humana, não sendo lícito recorrer a ele para sancionar infracções de não comprovada dignidade penal."

Entre nós, o processo de *minimização do direito penal* ainda é muito tímido. Apenas uma parcela da doutrina e da jurisprudência intestina já deflagraram dita perspectiva jurídica, a qual não vem encontrando eco no Poder Legislativo nacional. É fato: não basta apenas importar conceitos e ideias de vanguarda estrangeira sem que os demais Poderes se movimentem em idêntica direção, com a adoção de uma política correlata ou ao menos que não inviabilize as tendências de política criminal detentoras de sucesso n'outras plagas. Por certo, lamentavelmente, o nosso legislador cede amiúde aos apelos populistas, e vem paulatinamente implementando a horrenda *política de tolerância zero*, a qual termina por alcançar, em sua grande maioria, as classes sociais menos favorecidas.

É preciso haver harmonia entre a evolução doutrinária/jurisprudencial e a lei.

Postas essas premissas e comungando do norte doutrinário aqui esboçado, podemos concluir que a intervenção do Direito Penal somente se faz legítima e necessária na hipótese de lesão a um bem jurídico fundamental, assim eleito de forma criteriosa pelo legislador, o qual deve tomar por base os postulados constitucionais vigentes. Por sua vez, aquele bem violado não deve encontrar

adequada proteção em outra seara do ordenamento legal vigente, sob pena de transgressão ao princípio da intervenção mínima e, por via de efeito, ao caráter subsidiário do Direito Penal.

Legítima a proteção por meio da *ultima ratio* e uma vez necessária a intervenção drástica, passamos ao exame do grau de ofensa ao fragmento guindado ao posto de bem jurídico penal. Nesse momento, tem atuação o princípio da insignificância como um dos mecanismos hábeis na redução do alcance penal, fazendo as vezes de critério de interpretação, iluminando o operador do direito na busca perfeita do limite do tipo penal, conquanto nem todos os delitos admitam sua leitura sob as luzes da bagatelaridade. Aos olhos de Luiz Flávio Gomes[28], o qual correlaciona o princípio em testilha e a atuação do juiz:

> "Cuida-se, como se vê, de um conceito normativo, que exige complemento valorativo do juiz. O princípio da insignificância tem tudo a ver com a moderna posição do juiz, que já não está bitolado pelos parâmetros abstratos da lei, senão pelos interesses em jogo em cada situação concreta. Nesse novo direito penal, que é um direito do caso concreto, a proeminência do juiz (da valoração é do juiz) é indiscutível. Mas também, a chance de se fazer justiça no caso concreto é muito maior que antes (quando ao juiz estava atrelado ao velho silogismo formalista da premissa maior, premissa menor e conclusão). O *fiat justitia et pereat mundus* (faça-se justiça, embora pereça o mundo) já não tem sentido nos dias atuais. O juiz já não pode se contentar só com a aplicação formal da lei, ainda que o mundo pereça. A ele cabe fazer justiça em cada caso concreto, isto é, fazendo uso da razoabilidade, cabe sempre evitar que o mundo (do caso concreto) entre em ruínas. O que vale hoje é o *fiat justitia, ne pereat mundus* (faça-se a justiça, para que o mundo não pereça – Hegel)."

O princípio da insignificância surge como instrumento de concretização da justiça.

---

[28] GOMES (2009. p. 25-26).

5. DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO VERDADEIRO POSTULADO DA MODERNA POLÍTICA CRIMINAL

A adoção do Direito Penal como instrumento de pacificação e desenvolvimento social não é um consenso. Muito longe disso! A bem da verdade, sobre esse aspecto, presenciamos o surgimento de três correntes ideológicas substancialmente distintas, a saber: a) o Abolicionismo Penal; b) o Movimento de Lei e de Ordem; e c) o Direito Penal Mínimo. Razão disso, impende agora tecer breves comentários sobre aquelas duas primeiras correntes e, em sequência, apresentar o Direito Penal Mínimo, em uma de suas vertentes, o princípio da insignificância, demonstrando a real possibilidade de sua aplicação no crime de roubo, por ser essa uma tendência inevitável e a justa materialização de uma vontade constitucional.

Vejamos.

O Abolicionismo Penal advoga a extinção do sistema penal, propugnando sua troca por outros meios de resolução dos conflitos, tomando por argumento a falência daquele sistema como um todo, eis que não cumpriria um dos seus maiores objetivos, consistente na reprovação e prevenção do crime. Além disso, noticiam os Abolicionistas outras razões para o reconhecimento da *deslegitimação*, valendo citar o caráter estigmatizante e cruel do sistema penal, que feriria a dignidade da pessoa humana; as *cifras ocultas*[29], definidas como os crimes que acontecem e não chegam ao conhecimento das autoridades competentes para regular apuração e acertamento, gerando assim impunidade; e, por fim, a própria relatividade da definição do delito.

Nesse último ponto, realçando dita relatividade do conceito de crime, calha transcrever as lições de Louk Hulsman e Jacqueline Bernat:

> "Por que ser homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio etc.,

[29] Oportuno mencionar, ainda, a existência da *cifra dourada*, a qual trata da criminalidade das classes privilegiadas, referente aos chamados "crimes de colarinho branco", tais como os delitos contra o meio ambiente, a ordem tributária e o sistema financeiro.

> hoje não são mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é 'delituoso' em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é."[30]

D'outra banda, em posição totalmente antagônica, eis que surge nos EUA, no início da década de 70 (setenta), no século passado, o intitulado Movimento de Lei e Ordem, por meio do qual se prega o agigantamento do Direito Penal, com a criação de novos tipos delitivos e aplicação enérgica das penas como a panaceia para os problemas relacionados à criminalidade. O Movimento de Lei e Ordem não afere o grau de importância do bem jurídico penalmente tutelado e sua respectiva lesão. Por certo, toda e qualquer modalidade de delito legitima a intervenção do Direito Penal, o qual é aplicado como primeiro instrumento de contenção (*prima ratio*). Calca-se, em grande medida, na *teoria das janelas quebradas*[31].

Outrossim, a pena de prisão é banalizada no aludido movimento, tendo Ralf Darhendorf, um dos seus principais defensores, afirmado em seu livro A Lei e a Ordem que as hipóteses de substituição ao cárcere, por meio de multas e prestação de serviço, seriam visíveis estímulos à prática de mais crimes. A cidade de Nova York é sempre citada nesse contexto como um dos exemplos de atuação do Movimento de Lei e Ordem, eis que naquele local foi implantada uma de suas vertentes, a política denominada de *Tolerância Zero*, com apoio do então prefeito Rudolph Giuliani. Partia-se da premissa que os atos de desordem habituais seriam a gênese dos crimes mais graves e, por isso, proibia-se desde *matar aulas* até a mendicância.

Nessa toada, calha trazer à fiveleta, pois oriundo do Movimento de Lei e Ordem, erigindo-se em mais uma de suas vertentes, o chamado *Direito Penal do Inimigo*, que tem sua paternidade no jurista alemão Gunther Jakobs e surgimento após os atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro de

---

[30] GRECO (2010. p. 63).

[31] Por meio dessa teoria as pequenas infrações devem ser de imediato punidas, sob pena de gerar um estado de anomia, incentivando a prática de delitos mais graves. Em outras palavras: se as janelas são quebradas e ninguém se importa, os indivíduos continuarão quebrando mais janelas.

2001. Estaria inserto no *processo de expansão do Direito Penal,* ocupando a *terceira velocidade*[32]. Jakobs reconhece a existência de indivíduos que não mais desejam viver de acordo com as regras jurídicas vigentes, eis que passaram a fazer do crime o seu modo de vida, tais como os grupos terroristas e organizações criminosas e, a partir daí, detecta o *Direito Penal do Cidadão* e, na via oposta, o *Direito Penal do Inimigo*.

Por oportunas e elucidativas, permitimo-nos transcrever as palavras de Manuel Cancio Meliá, em obra publicada em coautoria com Gunter Jakobs, *ad litteram*:

> "De modo materialmente equivalente, na Espanha, Silva Sánchez tem incorporado o fenômeno do Direito Penal do inimigo a sua própria concepção político-material. De acordo com sua posição, no momento atual, estão se diferenciando duas 'velocidades' no marco do ordenamento jurídico-penal: a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade, e no qual, segundo Silva Sánchez, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se só penas pecuniárias ou restritivas de direitos – tratando-se de figuras delitivas de cunho novo –, caberia flexibilizar de modo proporcional esses princípios e regras 'clássicos' a menor gravidade das sanções. Independentemente de que tal proposta possa parecer acertada ou não – uma questão que excede destas breves considerações –, a imagem das 'duas velocidades' induz imediatamente a pensar – como fez o próprio Silva Sánchez – no Direito Penal do inimigo como 'terceira velocidade', no qual coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a 'flexibilização' dos princípios político-criminais e as regras de imputação."[33]

[32] SÁNCHEZ (2011. p. 194).

[33] JAKOBS; MELIA (2009. p. 90-93).

Alojando-se, grosso modo, numa posição intermediária e, ao nosso sentir, mais consentânea e eficaz às necessidades das sociedades de massa, eis que se avulta cada vez mais forte e ganhando destaque o Direito Penal Mínimo, Minimalismo Penal ou Abolicionismo Moderado, o qual preconiza uma diminuta intervenção penal, com máximo de respeitos às garantias constitucionais. Ademais disso, os minimalistas propõem um processo de *descriminalização,* persistindo a proteção pelo Direito Penal somente em relação àqueles bens essenciais ao bom desenvolvimento humano, com redução do alcance da norma incriminadora, tanto mais quando traga à reboque, via preceito secundário, uma pena de prisão.

Complementando o tema em liça, Rogério Greco[34] nos diz que, *literattim*:

> "O raciocício do Direito Penal Mínimo implica a adoção de vários princípios que servirão de orientação ao legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais, devendo servir de norte, ainda, aos aplicadores da lei penal, a fim de que se produza uma correnta interpretação. Dentre os princípios indispensáveis ao raciocínio do Direito Penal Mínimo, podemos destacar os da: a) dignidade da pessoa humana; b) intervenção mínima; c) lesividade; d) adequação social; e) insignificância; f) individualização da pena; g) proporcionalidade; h) responsabilidade pessoal; i) limitação das penas; j) culpabilidade; e k) legalidade."

O princípio da insignificância deita suas raízes no Direito Romano, mais precisamente no adágio *minima non curat praetor*, o qual retirava os delitos de somenos importância do crivo do pretor. Entretanto, parte da doutrina pontifica que o seu surgimento se deu na Europa, no período que intercalou a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, em momento no qual a realidade socioeconômica no *velho continente* era bastante precária, tornando-se campo fértil para prática de pequenos delitos contra o patrimônio, os chamados

[34] GRECO (2010. p. 25).

crimes de bagatela[35]. Os fatos insignificantes, num primeiro átimo, segundo a concepção de Hans Welzel, estariam açambarcados pelo princípio da adequação social, que teria o condão de afastar o injusto penal. Entretanto, Francisco de Assis Toledo[36] noticia que:

> "Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos defendendo. Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária só vão até onde seja necessário para proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas."

A necessidade de se reconhecer, pela via jurídica, a bagatelaridade de algumas condutas se fez premente cada vez mais. Isso porque a dogmática moderna atentou-se para o fato de que o juízo de tipicidade não se perfazia simplesmente com a adequação típica do fato à norma incriminadora. Era preciso mais do que o encaixe formal ao preceito primário, sob pena de se criarem situações injustas e desproporcionais. Daí, então, passa a ser necessária a análise material da conduta típica, *id est*, a tipicidade penal, doravante, somente estará completa com a lesão significativa ao bem jurídico, produzindo-lhe um dano social relevante. Funda-se, nessa linha intelectiva, a concepção material do tipo.

O princípio da insignificância e a nova tipicidade material passam a ser íntimos.

Por sua vez, por mais diligente e minucioso que fosse o legislador penal, seria impossível antever com precisão todas as hipóteses de um mesmo delito

[35] O termo *crime de bagatela* é incoerente, pois, se o fato é bagatelar, não há crime.

[36] TOLEDO (1994. p. 132).

num único tipo penal. Razão disso, a redação tende a ser *abstrata*, com o escopo de abarcar diversas situações possíveis, dispensando uma maior elasticidade às figuras típicas, evitando, assim, o seu engessamento ante a constante evolução social. Entretanto, essa referenciada abstração, que fornece maior eficácia aos tipos penais, também produz aquilo que ousamos chamar de *zona cinzenta da tipicidade*, a qual termina por acalentar condutas formalmente típicas, porém, sem lastro suficiente para fazer florescer o lado material da tipicidade.

Em auxílio ao nosso entendimento, merece agora ser aqui embutido o escólio de Maurício Antônio Ribeiro Lopes[37], para quem:

> "Embora visando alcançar um círculo limitado de situações, a tipificação falha ante a impossibilidade de regulação do caso concreto em face da infinita gama de possibilidades do acontecer humano. Por isso, a tipificação ocorre conceitualmente de forma absoluta para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão por que alcança também casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em realidade, deveriam permanecer fora do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo penal pretende, por certo, somente incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves. Para corrigir essa discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, parece importante utilizar-se o princípio da insignificância."

A bem da clareza, na teoria do crime, o reconhecimento da insignificância termina por indicar a ausência de materialidade na conduta e, corolariamente, acena para a falta de tipicidade ao fato *sub ocullis*, eliminando a busca pelos demais elementos do delito, quais sejam: ilicitude e culpabilidade, respectivamente. Deveras, comungamos como a maioria da doutrina, albergando a tese pela qual o princípio da insignificância possui a natureza

[37] LOPES, (2000. p. 117-118).

jurídica de *causa excludente da tipicidade*, atuando, ainda, como moderno mecanismo no auxílio da interpretação dos tipos penais, expulsando do alcance da norma incriminadora aquelas condutas que não tragam em si *dignidade penal*.

Aos menos avisados, que ainda teimam em ir de encontro ao avanço do Direito Penal contemporâneo, suscitando a ausência de previsão legal para afastar o reconhecimento do princípio da bagatelaridade, cumpre-nos sublinhar a inteligência que emana do art. 209, §6°, do Código Penal Militar (CPM), o qual dicta: "*No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar"*. Eis a prova de sua positivação para os mais legalistas, donde se dessume também o caráter subsidiário e fragmentário já esmiuçado aqui por nós em outra oportunidade.

Ademais disso, a Exposição de Motivos do CPM (n. 17), numa posição de vanguarda para sua época (outubro de 1969), põe uma pá de cal no assunto em voga, realçando a viabilidade jurídica do referenciado princípio, quando explica que:

> "*Entre os crimes de lesão corporal, inclui-se o de lesão levíssima, a qual, segundo o ensino da vivência militar, pode ser desclassificada pelo juiz para infração disciplinar, poupando-se, em tal caso, o pesado encargo de um processo penal para fato de tão pequena monta*".

Patente, por certo, a força normativa dos princípios.

Podemos aceitar, à luz dos argumentos ora escandidos, que o princípio da insignificância é, realmente, um moderno postulado a serviço do Direito Penal Mínimo que vem subsidiando as novas ações de política criminal, sempre voltadas para a redução da criminalidade. Aliás, a aplicação da bagatelaridade justifica-se, ainda, ante à desnecessidade da pena, naqueles casos em que a mínima sanção dosada seria desproporcional ao resultado social oriundo do fato, bem como por se traduzir em eficaz elemento de cunho processual, legitimando a extinção de processos criminais pela ausência de *justa causa* e, a um só tempo, liberando os órgão competentes para elucidação e acertamento daqueles casos onde a intervenção penal seja necessária.

6. DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): CRITÉRIOS PARA A SEGURA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A INCONGRUENTE PERSISTÊNCIA DOS ASPECTOS SUBJETIVOS. UM RÉQUIEM AO TEMERÁRIO DIREITO PENAL DO AUTOR NA TEORIA DO DELITO

Se outrora persistia o acanhamento jurisprudencial no tocante à implementação da bagatelaridade no caso em concreto, tal problema não mais persiste, pois atualmente é vasta a gama de delitos que vem recebendo, via Poder Judiciário, o apanágio da insignificância e, por isso, tendo descaracterizada sua tipicidade material. A orientação pretoriana inclina-se nesse norte quanto aos seguintes crimes: lesão corporal leve, posse ilegal de arma de fogo, dano, furto, peculato, moeda falsa, descaminho, ambiental, militares, previdenciário, tributário etc. Admite-se, com as adaptações técnicas cabíveis, dita causa excludente da tipicidade também nos atos infracionais.

E quais os critérios e limites a guiar o operador da lei penal?

Pois bem. Superados alguns embates e indefinições iniciais, sedimentaram-se no seio do Supremo Tribunal Federal quatro vetores, oriundos do julgamento do HC 84.412/SP, cuja relatoria ficou a cargo do Min. Celso de Mello, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. O caso foi paradigmático, servindo como um norte seguro a outras decisões com idênticas questões de fundo, restando assim ementado:

> PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM

VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo

> importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 84412, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963).

Entretanto, mesmo tomando por direção os critérios acima apontados, persistem pontos de inquietação, dentre os quais destaco a elevação dos aspectos subjetivos, no caso em concreto, como obstáculo ao reconhecimento da bagatelaridade do fato. Numa espécie de retrocesso jurisprudencial do Direito Penal, a personalidade do agente, os antecedentes, a motivação do crime, a reincidência etc., vem sendo levados em conta pelos Ministros do STF, de modo que Suas Excelências terminam por impingir uma pena ao suposto criminoso pelo que ele é e não pelo que fez. Numa palavra: o princípio da insignificância não é aplicado, em face do comportamento/modo de vida adotado pelo agente!

Permitimo-nos, no afã de exemplificar tal assertiva, aderir ao nosso estudo trechos da fundamentação adotada pelo Min. Ayres Britto, no bojo HC 96.202/RS, DJe de 28/05/2010. Disse, àquela oportunidade, Sua Excelência:

> "Daqui se segue a consideração de que o reconhecimento da insignificância material da conduta imputada ao paciente, na concreta situação dos autos, serviria muito mais como um nocivo incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário. Noutras palavras: o paciente dá claras demonstrações de que adotou a criminalidade como verdadeiro estilo de vida. O que impossibilita a adoção da insignificância penal e, ao mesmo tempo, justifica a mobilização do aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que só é de ser acionado para apuração de condutas que afetem substancialmente os bens jurídicos tutelados pelas normas incriminadoras."

Comungando de razões semelhantes, o Min. Dias Toffoli também relevou questões de ordem subjetiva no HC 98.917/RS, DJe de 22/02/2011, não reconhecendo a causa excludente da tipicidade em comento, e o fez nos termos seguintes:

> "No que tange à tese aventada pela impetrante de aplicação do postulado da insignificância ao delito praticado pelo paciente, anoto que , muito embora este Supremo Tribunal, em casos similares, tenha reconhecido a possibilidade de aplicação desse princípio (por exemplo: HC n˚ 94.220/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 1˚/7/10; HC n˚97.129/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 4/6/10; e HC n˚ 100.311/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 23/4/10), as circunstâncias peculiares do caso concreto conduzem-me a não acatar a tese de irrelevância material da conduta, não obstante a reduzida expressividade financeira do produto que foi subtraído, a saber, `uma bicicleta 18 marchas, azul, n˚ 4A15220, avaliada em R$180,00 (cento e oitenta reais)'. A embasar meu entendimento, destaco que o paciente é reincidente em delitos específicos contra o patrimônio, constando em sua extensa certidão de antecedentes (fls. 107), condenações por outros quatro furtos e estelionato. Com efeito, esses aspectos dão claras demonstrações de ser ele um infrator contumaz e com personalidade totalmente voltada à prática delituosa."

Imaginemos as seguintes hipóteses: a) Tício, condenado diversas vezes pela prática de delitos contra o patrimônio, furta uma única maçã de um supermercado; b) Nondas, sem antecedentes criminais, furta a mesma maçã do mesmo supermercado. Perguntamos: existe o crime em ambas as situações ou o princípio da insignificância pode ser prontamente reconhecido? Seguindo a linha de fundamentação esposada nos *habeas corpus* citados acima, o crime existe apenas na primeira hipótese, embora não exista e seja visível a tipicidade material. Daí, então, chegaremos ao absurdo de assistirmos condutas idênticas receberem do Poder Judiciário tratamentos

diametralmente opostos, ferindo de morte o *princípio da materialização penal do fato*.

Ademais disso, vivemos num momento em que a moderna tipicidade tende a receber cada vez mais carga de valor, no afã de evitar a concretização da *justa causa*, a qual legitimaria a intervenção penal. Insta salientar, indo mais além, que a teoria do delito, em alguns países europeus, já vem evoluindo na sedimentação de um quarto elemento para a perfeição do crime, qual seja, a *punibilidade* – tudo isso evidencia o desejo de reduzir o alcance penal. Nesse passo, *permissa venia*, parte do STF vem caminhando em sentido oposto àquela evolução, eis que tem amiúde obstacularizado o reconhecimento da bagatelaridade, perfilhando uma interpretação prejudicial aos cidadãos, ampliando a abrangência do tipo.

A insignificância exigiria a *atipicidade comportamental* do agente?

Os maus antecedentes algum dia inviabilizarão a legítima defesa?

A reincidência será óbice ao estado de necessidade?

Esperaremos, sempre, uma resposta negativa.

É preciso ter muito cuidado diante de restrições em prejuízo da liberdade humana!

Verberando a impossibilidade de interpretações prejudiciais deste naipe, Luiz Regis Prado[38], em momento de grande lucidez, nos brindou com o seguinte entendimento, *verbo ad verbum*:

> "Nessa linha de raciocínio, a interpretação conforme a Constituição implica uma correlação lógica de proibição de qualquer construção interpretativa ou doutrinária que seja direta ou indiretamente contrária aos valores fundamentais. Entre as regras técnicas de interpretação se destaca o método, ou melhor estilo, problemático ou tópico, que, aplicado na seara dos direitos fundamentais, dá especial importância ao princípio *in dubio pro libertate*, referindo-se a uma presunção geral, própria de todo Estado de Direito Democrático, em prol da liberdade do cidadão

[38] PRADO (2011. p. 92-93).

> (*Freiheitsvermutung ausgangsvermutung zugunten der freiheit* ou *prefered freedom doctrine*). Esse postulado deve ser agasalhado como consequência da força expansiva do sistema dos direitos fundamentais, integrado por normas finalistas com vocação para iluminar todo o ordenamento jurídico; ao mesmo tempo que estabelece uma continuidade entre este princípio e a efetividade dos direitos fundamentais (*GrundrechtseffeRtivitat*), quer dizer, da tendência ínsita no sistema dos direitos fundamentais de potenciar sua eficácia em todos os âmbitos da experiência social e política."

Forçoso compreender que hoje vigora, como regra, no Brasil, o Direito Penal do Fato, edificado com a *secularização*[39] do Direito Penal, tornando-se mais consentâneo com a dignidade da pessoa humana. Não há mais espaço, na teoria do delito, para o Direito Penal do Autor, que teve respaldo, *ad exemplum*, na Escola de Kiel[40], vigorando durante o regime nazista, "legitimando" notória barbárie humana. Não estamos propondo aqui o completo afastamento dos aspectos subjetivos, mas apenas o diferimento de sua análise para o momento da reprimenda. Estamos certos de que a personalidade do agente, os antecedentes, a motivação do crime, a reincidência etc., devem ser considerados dentro da teoria da pena, no momento de sua dosimetria e desde haja possibilidade de minuciosa análise pelo juiz.

São intoleráveis, sob tal prisma, quaisquer resquícios do Direito Penal do Autor.

---

[39] O processo de secularização é caracterizado pelo abandono das justificações teológicas, passando o saber a buscar sua fundamentação na razão humana. Nas palavras de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, pode ser assim definido: "O termo secularização é utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da(s) ciências(s). *In*: Aplicação da pena e garantismo. DE CARVALHO (2002. p.5).

[40] A Escola de kiel teve em Edmund Mezger um dos seus principais expoentes e via o crime como simples transgressão de um dever de obediência ao Estado, limitando o direito penal à vontade do seu ditador.

Entretanto, já existem alguns acórdãos no STF que nos enchem de esperança, haja vista a desconsideração dos caracteres subjetivos do acusado. Em nítida evolução do seu pensamento[41], a Ministra Carmen Lúcia decidiu assim recentemente:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE FURTO SIMPLES. EXCEPCIONALIDADE DA SÚMULA N. 691 STF. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal tem admitido, em sua jurisprudência, a impetração da ação de habeas corpus, quando, excepcionalmente, se comprovar flagrante ilegalidade, devidamente demonstrada nos autos, a recomendar o temperamento na aplicação da súmula. Precedentes. 2. A tentativa de furto de tubos de pasta dental e barras de chocolate, avaliados em trinta e três reais, não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. 3. Este Supremo Tribunal tem decidido pela aplicação do princípio da insignificância, quando o bem lesado não interesse ao direito penal, havendo de ser considerados apenas aspectos objetivos do fato, que deve ser tratado noutros campos do direito ou, mesmo, das respostas sociais não jurídico-penais, o que não se repete em outros casos, quando se comprova que o bem jurídico a ser resguardado impõe a aplicação da lei penal, notadamente considerando-se os padrões sócio-econômicos do Brasil. Precedentes. 4. Ordem concedida. (HC 106068, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 14/06/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG

[41] Dissemos evolução, pois a citada Ministra sustentava entendimento diverso, conforme HC 102.088/RS.

> 04-08-2011 PUBLIC 05-08-2011).

Por sua vez, da lavra do Min. Cezar Peluso, colhe-se o que segue:

> EMENTA: AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de roda sobressalente com pneu de automóvel estimados em R$ 160,00 (cento e sessenta reais). Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva. Atipicidade reconhecida. Absolvição. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser afastada a condenação do agente, por atipicidade do comportamento.(HC 93393, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 14/04/2009, DJe-089 DIVULG 14-05-2009 PUBLIC 15-05-2009 EMENT VOL-02360-02 PP-00366).

Oxalá a jurisprudência do STF cristalize-se rejeitando a malsinada subjetivação, a qual somente é possível na *infração bagatelar imprópria*, quando se reconhece a *irrelevância penal do fato*, valendo a transcrição explicativa de Luiz Flávio Gomes[42]:

> "Infração bagatelar própria = princípio da insignificância; infração bagatelar imprópria = princípio da irrelevância penal do fato. Não há como se confundir a infração bagatelar própria (que constitui fato atípico – falta tipicidade material) com infração bagatelar imprópria (que nasce relevante para o Direito penal). A primeira é puramente objetiva. Para a segunda, importam os dados do fato assim como uma certa subjetivização, porque também são relevantes para ela o autor, seus antecedentes, sua personalidade etc."

[42] GOMES (2009. p.31).

7. DA NECESSÁRIA E INEVITÁVEL APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE ROUBO: UMA INTERPRETAÇÃO VIÁVEL À LUZ DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E DIANTE DA PERDA DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL

Forte nas premissas até aqui apresentadas, adentramos doravante ao objetivo central de nosso estudo, a saber: a incidência do princípio da insignificância no crime roubo. De arranque, asseveramos *hic et nunc* que dita incidência é uma tendência com viabilidade jurídica e respaldada pela nossa Constituição Federal. Tecnicamente, tem mira a redução do alcance do art. 157 do Código Penal Brasileiro, mais precisamente na ocasião em que o legislador impulsiona o uso da *interpretação analógica*[43], quando diz: *por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência*. Buscamos abstrair da moldura do aludido dispositivo todas aquelas condutas situadas no local por nós denominado de zona cinzenta da tipicidade. Em outras palavras: condutas que possuem tipicidade formal, mas ressentem de tipicidade material.

Vejamos.

Uma vez permitida a interpretação analógica pela redação do art. 157, fica evidente que o legislador deixou a cargo do órgão julgador a sensibilidade/responsabilidade jurídica de joeirar quais seriam as hipóteses de condutas subsumíveis ao *meio capaz de reduzir a impossibilidade de resistência do ofendido*. Nada mais justo! Isso porque, mesmo de maneira involuntária, a atividade legiferante termina por abarcar situações mais brandas, sem danosidade social alguma. Razão disso, não concordamos com o entendimento *absoluto* pelo qual não caberia, em nenhuma hipótese, o reconhecimento da bagatelaridade no crime de roubo[44]. Ora, ao nosso sentir, a redação ampla daquela referida figura típica também terminou por englobar condutas sem dignidade penal.

---

[43] Segundo Damásio de Jesus, interpretação analógica ou *intra legem* "e permitida toda vez que uma cláusula genérica se segue a uma fórmula casuística, devendo entender-se que aquela só compreende os casos análogos aos mencionados por esta". DE JESUS (2011, p. 88).

[44] *Vide*: HC 97.190/GO, Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/08/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-02 PP-00323 RTJ VOL-00216-PP-00374) e HC 96.671/MG, Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-04 PP-00665)

D'outro lado, há que se considerar para tanto a constante *relativização* dos bens jurídicos amparados penalmente. A evolução, nesse ponto, é patente. Se as teorias cravadas na *utilidade social do bem* e no *direito processual penal* não foram capazes de acenar para critérios firmes e seguros que distinguissem bens disponíveis e indisponíveis[45], é bem verdade que o desenvolvimento social nos mostra que o único bem jurídico penal absolutamente indisponível é a vida. Nesse quadrante, nossa tese estriba-se no sentido de que o patrimônio, a liberdade individual e a integridade física podem ser alvo de agressão insignificante, sem ensejar a necessidade da intervenção penal.

Pensando assim, é possível a existência do roubo insignificante.

Todavia, não estamos pregando aqui o retalhamento dos delitos complexos. A nossa ideia orienta a aplicação da insignificância no crime de roubo, sem cisão.

Não comungamos, *permissa venia*, de alguns julgados que terminam por cindir o crime de roubo, reconhecendo a bagatelaridade apenas na sua parte patrimonial, condenando o agente pelo delito subsidiário. Tal atitude trata-se de verdadeira *arquitetura jurídica*, sem respaldo no próprio princípio da razoabilidade. Por certo, se levada a efeito o precitado entendimento, seriam inúmeras as situações de intranquilidade social. Imaginemos o seguinte exemplo: Ticio mata Nondas para roubar o seu boné. O fato e, sem duvida, um latrocínio, com pena de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos de reclusão. Entretanto, adotada a possibilidade de cindir a conduta e aplicar a insignificância na parte patrimonial, o agente seria condenado por homicídio simples, com pena de 06 (seis) a 20 (vinte) anos.

Não perfilhamos tal linha de pensamento.

Imperioso notar até mesmo as implicações inconstitucionais de ordem processual no exemplo dado, eis que o Tribunal do Júri apreciaria um delito patrimonial!

De maneira diversa, e com esteio na razoabilidade, deflagramos, num primeiro momento, a bandeira da necessidade de reconhecimento da

---

[45] A *teoria da utilidade social do bem* enuncia que "quando este não se reveste de uma imediata utilidade social e o Estado reconhece ao particular a exclusividade do uso e gozo, este 'e disponível, e, contrariamente, quando a utilidade social se manifesta de imediato, o bem e indisponível." Por sua vez, a teoria ligada ao direito processual penal assevera que se "o crime e perseguível mediante ação penal pública incondicionada, forma-se uma presunção sobre ser o bem atingido indisponível, e, inversamente, se a ação penal a ser proposta e de iniciativa privada, e de se presumir tratar-se de bem disponível. PIERANGELI (1995, p. 109).

relatividade dos bens jurídicos protegidos no crime de roubo, quebrando todo argumento que os coloquem como absolutos, sem possibilidade de sofrerem lesões insignificantes. Sob tal ótica, o interprete deve aferir a materialidade do delito fincando-se na efetiva ofensa sofrida pelo bem e não na sua qualidade. Dentro desse viés de possibilidade, ficaria a cargo do magistrado dizer se aquele bem agora *relativizado* (patrimônio, integridade física e liberdade individual) recebeu afetação significativa ou não.

Numa primeira investida, não teríamos obstáculos aceitáveis para inviabilizar o reconhecimento da relatividade na parte do roubo referente ao patrimônio, haja vista a existência torrencial de julgados e farta messe doutrinaria. Poder-se-ia, então, tentar a inviabilização quanto à integridade física e a liberdade individual. Todavia, também já são inúmeros os julgados, inclusive do STF, que acenam para o cabimento da lesão corporal insignificante – aliás, o próprio Código Penal Militar admite dita interpretação, conforme demonstramos alhures. O "problema" seria a relativização da liberdade individual do ofendido.

Nesse ponto, bastaria um simples questionamento para aceitação da relativização da liberdade individual, a saber: se a integridade física, bem mais importante, vem sendo relativizada, por que a liberdade individual não seria? Pensamos, só por isso, que já seria aceitável o cabimento do princípio da insignificância em alguns casos de roubo, sem cisão de suas elementares. Seria valorado pelo órgão judicante se ocorreu a restrição mínima da liberdade e a subtração de objeto com valor ínfimo. Entendemos, ainda, que a bagatelaridade não se caracterizaria na existência de significativa violência ou grave ameaça. Passamos, como técnica de fixação das idéias, a exemplificar:

a) Mevio e Gaio estão num mercadinho do interior. Num determinado momento, o seu proprietário, sozinho no estabelecimento, dirige-se ao depósito para apanhar alguma mercadoria. Nesse instante, Mevio tranca a porta do depósito, ocasião na qual Gaio rouba duas maçãs e ambos saem correndo do estabelecimento. O proprietário, ciente de que teve restringida sua liberdade para consecução do ilícito, após alguns segundos, consegue arrombar a porta e constata a consumação do roubo;

b) Nondas e Ticio estão fazendo uma viagem de ônibus. Em dado instante, percebem que o individuo sentado na poltrona a frente, aproveitando uma das paradas obrigatórias, dirige-se ate o banheiro da

rodoviária. Mevio segue a futura vitima e tranca-lhe no banheiro. A vítima, ao perceber que estava presa e lembrando que seus pertences ficaram no ônibus, tenta imediatamente arrombar a porta, logrando êxito após alguns segundos. Ao chegar no veiculo, constata que Ticio subtraiu a quantia de R$5,00 (cinco reais), que estavam no bolso de sua mochila.

Ora, pela lítera da lei, nos exemplos acima apresentados, houve visível adequação típica imediata ao art. 157, cabeça, combinado com o seu § 2˚, ambos do Código Penal. Em outras palavras: roubo qualificado pelo concurso de pessoas, com pena que varia de quatro (04) a 10 (dez) anos, e multa, com aumento de um terço ate a metade. Perguntamos: seria possível a aplicação do princípio da insignificância aos dois casos acima apresentados, embora tipificados formalmente como roubo qualificado? Entendemos, por tudo quanto foi exposto ate aqui, que sim!

Pensamos não ser razoável, dentro de uma visão *garantista*, sob os auspícios do *direito penal mínimo*, exigir a intervenção penal em ambas as hipóteses acima ventiladas. E nem caberia aqui falar em *infraproteção* do bem jurídico penal, ante a patente incongruência. Ao nosso sentir, fizeram-se presentes os vetores indicados pelo STF, quais sejam: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Desse modo, independentemente dos aspectos subjetivos dos agentes, a declaração de atipicidade material das condutas em testilha se impõem, eis que pertencem àquelas hipóteses situadas na *zona cinzenta da tipicidade*.

É indispensável efetivar no campo prático os ensinamentos de Luigi Ferrajoli[46] como instrumento na luta contra proibições arbitrárias e sem fundamento plausível, lançando mão de sua *teoria do garantismo penal*, que:

> "Significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa

[46] FERRAJOLI (2010, p. 312).

> do imputado, e conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade."

Ademais disso, cotejando a magnitude dos bens de ambos os lados em questão (liberdade do ofensor *versus* patrimônio e liberdade do ofendido) e tomando sempre como direção o nosso Diploma Fundante, concluímos como Luiz Regis Prado[47], para quem:

> "A caracterização do injusto material advem da proeminência outorgada a liberdade pessoal e a dignidade do homem na Carta Magna, o que importa que sua privação só pode ocorrer quando se tratar de ataques a bens de análoga dignidade, dotados de relevância ou compatíveis com o dizer constitucional, ou ainda, que se encontrem em sintonia com a concepção de Estado de Direito democrático. Disso se depreende o fato de que a eventual restrição de um bem só pode ocorrer em razão da indispensável e simultânea garantia de outro valor também de cunho constitucional ou inerente a doutrina democrática."

A privação da liberdade não se justifica em razão de lesões insignificantes.

Não se trata aqui de fomentar a impunidade e incentivar a pratica de pequenos delitos, como dizem alguns, incluindo o STF. Pretendemos, em prol de uma ordem penal materialmente justa e menos seletiva, deslocar os casos de menos relevo para seu acertamento por outras instâncias normativas (cível, administrativa, trabalhista etc.). Nos casos acima, uma ação cível, postulando a recomposição material do patrimônio lesado e uma indenização pelo constrangimento moral, já não seria de bom tamanho? A resposta só pode ser positiva, haja vista que o direito penal deve ser sim a *ultima ratio* sempre, dada as suas consequências indeléveis.

Fernando Célio de Brito Nogueira[48], com razão, pontua que:

---

[47] PRADO (2011, p. 99/100).

[48] NOGUEIRA (2002).

> "Bem por isso, numa visão mais humanizada do Direito Penal, o principio da insignificância não pode ser desprezado ou desconsiderado a pretexto de fomentar a impunidade. O que fomenta a impunidade e o recrudescimento da criminalidade são muito mais a ausência de resposta estatal efetiva aos grandes desmandos e ilicitudes da Nação, condutas que não raras vezes sangram os cofres públicos e os bolsos dos cidadãos que trabalham e pagam impostos, bem como o não-atendimento das necessidades básicas das pessoas."

Deveras, a ausência de um sistema penal eficiente termina por restringir seu alcance àquela parcela economicamente mais vulnerável da população, realçando o seu caráter seletivo. Por outro lado, já sem tanta energia, pois assoberbado pelas pequenas demandas, o aludido sistema deixa de atingir com precisão as *novas formas de criminalidade*, a saber: crimes ambientais, contra a ordem tributária, o sistema financeiro etc. Dessas novas formas de criminalidade resultam, na maioria das vezes, grandes lesões patrimoniais ao erário e prejuízo para alto índice da população, quase sempre menos favorecida. Todavia, o uso do principio da insignificância é corriqueiro para tais delitos e ninguém cogita o "fomento da impunidade" como obstáculo a tanto.

Leonardo Sica[49] realça a seguinte e interessante *curiosidade*:

> "Curiosamente, quando se trata dessa criminalidade empresarial ou do 'colarinho branco', recorre-se ao princípio da *ultima ratio* e à subsidiariedade como formas de legitimar a sua exclusão do Direito Penal. Não cabe neste trabalho questionar a validade dessa proposição; o importante é observar que se distingue muito convenientemente o momento de invocação de tais princípios, que deveriam orientar toda Política Criminal, mas passam a ser usados apenas pontualmente."

[49] SICA (2002. p. 53).

Não fosse tudo até aqui explanado em prol do reconhecimento da bagatelaridade no crime de roubo, ainda cabe uma palavra sobre o falido sistema penal da atualidade.

Vejamos.

Ao iniciar sua jornada até o Paraíso, Dante Alighieri chega até o Inferno, quando, no alto de uma porta, visualiza escrito em cor negra: "Por mim se vai ao círculo dolente; por mim se vai ao sofrimento eterno; por mim se vai à perdida gente. Renunciai às esperanças, vós que aqui entrais". Não compreendendo o sentido daquelas frases, Dante, perplexo, indaga ao seu Mestre Virgílio qual o seu verdadeiro significado, ocasião na qual recebe a seguinte resposta: "chegamos, como anunciara, ao sítio onde verás a atormentada gente que tem perdida a visão de Deus".[50]

A porta do inferno, retratada na *Divina Comédia*, grosso modo, poderia muito bem ser a transcrição quase que fiel de uma das portas dos nossos presídios e/ou delegacias espalhados pelo Brasil inteiro. Embora Michel Foucault[51] tenha detectado que a prisão trouxe consigo o acesso à *humanidade*, marcando um momento importante na história da justiça penal, por outro lado é fato notório que são diminutos os casos de (re) socialização dentro dos presídios. A (i)legitimidade do sistema penal já vem sendo, há muito tempo, debatida por vários segmentos em todo o mundo. Na América do Sul, Eugênio Raúl Zaffaroni[52] advoga que a tal legitimidade do sistema penal seria uma *utopia*, aduzindo que:

> "Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma 'realidade' que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente. A verificação desta contradição requer demonstrações mais ou menos apuradas em alguns países centrais, mas, na América Latina, esta verificação requer apenas uma observação superficial. A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão *perdidas* que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal

[50] ALIGHIERI (2009. p. 15).

[51] FOUCAULT (2010. p. 217).

[52] ZAFFARONI (1989. p. 12-19).

> de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade."

E, mais adiante, arremata:

> "Em nossa região marginal, é absolutamente insustentável a racionalidade do discurso jurídico-penal que de forma muito mais evidente do que nos países centrais, não cumpre nenhum dos requisitos de legitimidade. A quebra de racionalidade do discurso jurídico-penal arrasta consigo – como sombra inseparável – a pretendida legitimidade do exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais. Atualmente, é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a consequente legitimidade tornaram-se 'utópicas' e 'atemporais': não se realizarão em lugar algum e em tempo algum."

Nesse mesmo tom, novamente remetemos a Leonardo Sica:

> "A ressocialização é um mito. A realidade é a dessocialização. O crescente número de prisões provisórias, meramente cautelares, constitui confissão de que a prisão não objetiva a reinserção social. Sob o pretexto ressocializador, escondem-se o castigo, a exclusão, a segregação, conseqüências para uns, finalidades mesmo para outros. Ademais, lembrando-se as características dominantes da clientela do sistema penal, surge a questão: como ressocializar quem nunca foi socializado? Como pretender (re)inserir alguém subtraindo-o do convívio social?"[53]

Ora, o sistema penal vigente não cumpre nem de longe os seus misteres – tal fato é notório. Diante dessa situação, percebemos que é ineficaz e não mais se justifica o recrudescimento das penas e seus regimes de cumprimento

[53] SICA, (2002. p. 105).

em resposta aos apelos populares, tanto mais porque é muito alto o nível de reincidência entre os egressos da prisão. A socialização por meio do cumprimento da pena é realmente um mito. O momento é de racionalizar o uso do direito penal e seus consectários por meio de uma Política Criminal de resultados, deixando a restrição da liberdade como medida extrema e para os casos realmente mais graves. Bem por isso, merece nossos aplausos a novel Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.

Por certo, num sistema iníquo, que procura reinventar uma legitimidade convincente, a sua medida mais odiosa deve ser minimamente utilizada, ficando o legislador penal com o ônus de apresentar caminhos alternativos à prisão, sendo a *justiça restaurativa*[54] um bom começo. Outrossim, enquanto isso, na omissão legiferante, os princípios penais se apresentam como verdadeira *ponte de ouro* ao órgão julgador, guiando-o de maneira segura e fornecendo-lhe justificativas viáveis tecnicamente para o real florescimento da justiça no caso em concreto – é assim que se legitima a conexão entre roubo e insignificância, dentro de um novo cariz do direito penal.

Aliás, vendo a mutação jurisprudencial, pensamos que num futuro bem próximo a tendência é que os casos envolvendo violência imprópria e lesões patrimoniais ínfimas serão açambarcados pelo princípio da insignificância, não mais interessando ao direito penal, em homenagem ao seu caráter fragmentário e subsidiário.

Fica o registro, então, de nossa profecia!

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na esteira de raciocínio esboçada no presente estudo, resta evidenciado que o novo direito penal exige do seu operador uma nova postura. Não há mais espaço para o *juiz boca da lei*, como quis um dia Montesquieu. Alguns dogmas do iluminismo, se outrora foram importantes garantias penais, de há muito já não mais interessam, pois engessam a atividade jurisdicional. A interpretação das normas criminais passa a exigir um horizonte mais amplo, tendo como alvo o texto constitucional, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana, içado ao posto de fundamento de nossa República Federativa.

A constante inflação legislativa criminal e o agravamento das penas não

[54] Conforme o magistério de Mylène Jaccound, a justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda forma de ação individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito. JACCOUND (2005. p.169).

trará solução/melhora social alguma, ao revés disso, ferirá de morte nossa Constituição Federal, indo de encontro ao seu objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização, fomentando um cruel ciclo de estigmatização, o qual conduz a um quadro lamentável de desigualdade social. Palavras tão longevas quanto sábias de Cesare Beccaria[55] já nos diziam que "a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade" e a história vem mostrando a veracidade de tal assertiva.

Nesse contexto, primando pelo uso racional do direito penal, entendemos ser necessária uma maior abertura e flexibilidade dos tipos incriminadores, em face dos princípios oriundos do direito penal mínimo, como forma de criar mecanismos condizentes às exigências da evolução social pautada no risco. O abandono de alguns pensamentos reacionários e a coragem de concretizar a justiça calcada em princípios mostra-se necessário ao moderno operador criminal. Daí resulta, em nossa concepção, a possibilidade de se reconhecer a figura do *roubo insignificante*, o qual tocará em grande parcela de abnegados do Estado, excluindo os *pobres de cristo* do inferno dantesco, que são os nossos presídios, suavizando a seletividade do sistema punitivo.

9. REFERÊNCIAS

ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. São Paulo: Nova Cultural, 2009.
BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.
DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
DE CARVALHO, Amilton Bueno; DE CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 2ª ed. Rio de janeiro: Lúmen Juris, 2002.
DE JESUS, Damásio. *Direito penal*. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
DELMANTO *et al. Código penal comentado*. 5ª ed. Rio de Janeiro, 2000.
DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 13ª Ed. São Paulo; Malheiros, 2001.
DITTICIO, Mário Henrique. *Sobre ratos gigantes e seus caçadores*. Boletim IBCCrim, ano 12, nº 147, fevereiro, 2005, p. 2.
DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2010.

[55] BECCARIA (1999, p. 87).

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.
GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. *Prisão e medidas cautelares*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
HONRAD, Hesse. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993. p. 63.
JACCOUND, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa*. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato C. P. e PINTO, Renato S. G. (orgs.). *Justiça Restaurativa.* (Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), 2005. p. 169. Disponível em: http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca_restaurativa.pdf
JAKOBS, Gunther; MELIA, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. São Paulo: Minelli, 2003.
LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *Os miseráveis e o princípio da insignificância*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 2007, nº 53, 1 jan. 2002. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revistas/texto/2526. Acesso em: 05 jul. 2011.
NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.
PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 5ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.