

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO – PPGD

THIAGO ELIFAS SOUZA MARQUES

**INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE ROUBO: OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES
PARA EXCLUSÃO DA TIPICIDADE**

MACEIÓ/AL
2022

THIAGO ELIFAS SOUZA MARQUES

**INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE ROUBO: OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES
PARA EXCLUSÃO DA TIPICIDADE**

Dissertação de Mestrado submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), sob a Área de Concentração Fundamentos Constitucionais dos Direitos, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Linha: Crimes, punições e direitos violados: das normas penais e processuais penais às políticas criminais.

Orientador: Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima.

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária: Taciana Sousa dos Santos – CRB-4 – 2062

M357i Marques, Thiago Elifas Souza.

Insignificância no crime de roubo: os limites e as possibilidades para exclusão da tipicidade / Thiago Elifas Souza Marques. – 2022.
109 f.

Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito.
Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 103-109.

1. Princípio da insignificância. 2. Roubo (Direito penal). 3. Bem jurídico. I. Título.

CDU: 343.71

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primeiramente, pela vida e família.

Aos meus pais, que nunca mediram esforços para que eu tivesse todas as oportunidades de me desenvolver intelectualmente. À minha mãe, pelo altruísmo, perseverança e fé em mim. Ao meu pai, pelos conselhos e pelo exemplo de estudo e abnegação.

À minha esposa, Flávia, uma das maiores incentivadoras dos meus sonhos, com todo meu amor. Agradeço pelo companheirismo, pelo afeto, pela compreensão nas minhas ausências, pela paciência em tantos momentos que se sentiu sozinha e por todo carinho que, não raras vezes, fez uso para me ajudar a manter o foco na realização desse trabalho.

À Universidade Federal de Alagoas, de onde sou egresso, na pessoa de todos os professores e servidores.

Aos colegas de mestrado, especialmente da linha 4, que tanto me incentivaram e ajudaram.

RESUMO

O princípio da insignificância tem formulação doutrinária e surge como instituto penal no ano de 1964, a partir dos estudos do penalista alemão Claus Roxin. A aceitação e aplicação do referido princípio na jurisprudência tem se alargado, alcançando cada vez mais espécies de crimes. Contudo, quando se trata do crime de roubo, o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado refratário à sua aplicação, mesmo quando o valor subtraído seja ínfimo, sob o argumento de que o roubo é crime complexo que visa proteger não somente o patrimônio, mas também a integridade pessoal da vítima. A partir dessa premissa, surge o seguinte questionamento: o fato do roubo ser considerado crime complexo é suficiente para afastar a aplicação do princípio da insignificância, mesmo que não haja afetação de um dos bens jurídicos tutelados? O presente estudo parte da hipótese de que a incriminação sem afetação do bem jurídico viola os preceitos contidos na Constituição Federal de 1988. Desse modo, o objetivo desta dissertação é analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo, no marco de um direito penal voltado à proteção de bens jurídicos, a partir de uma leitura constitucional da necessidade de intervenção penal, que se justifica quando o bem jurídico protegido pela norma penal sofrer tamanha lesão que os demais ramos do direito sejam insuficientes para a solução do litígio, e da noção de bem jurídico como forma de limitação do poder punitivo irracional. Foi realizada pesquisa qualitativa e sob o método dedutivo, que consistiu em revisão bibliográfica, com a utilização de referencial teórico nacional e estrangeiro acerca do princípio da insignificância, e análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação do princípio no crime de roubo. Por fim, concluiu-se que a forma como a Suprema Corte tem operacionalizado o princípio da insignificância contraria a dogmática do princípio e tem restringido seu âmbito de incidência, gerando intervenção penal desnecessária, que viola os preceitos do estado democrático de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da insignificância; Funcionalismo teleológico; Princípios constitucionais penais; Bem jurídico; Roubo.

ABSTRACT

The principle of insignificance has a doctrinal formulation and appears as a penal institute in 1964, based on the studies of the German criminalist Claus Roxin. The acceptance and application of this principle in the jurisprudence has expanded, reaching more and more types of crimes. However, when it comes to the crime of robbery, the Supreme Court has been resistant to its use, even when the subtracted object has a very small value, considering that robbery is a complex crime that aims to protect not only property, but also the personal integrity of the victim. From this premise, the following question arises: is the fact that robbery is considered a complex crime enough to rule out the use of the principle of insignificance, even if one of the protected legal interests is not affected? The present study starts from the hypothesis that the incrimination without affecting the legal interest violates the precepts contained in the Federal Constitution of 1988. Thus, the objective of this dissertation is to analyze the possibility of applying the principle of insignificance in the crime of robbery, within the framework of a criminal law aimed at the protection of legal interests, based on a constitutional reading of the need for criminal intervention, which is justified when the legal interest protected by the criminal norm suffers such damage that the other branches of law are insufficient for the solution of the dispute, and the notion of legal interest as a way of limiting irrational punitive power. Qualitative research was conducted under the deductive method, which consisted of a literature review, using national and foreign theoretical references on the principle of insignificance, and analysis of the jurisprudence of the Supreme Court on the use of the principle in the crime of robbery. Finally, it was concluded that the way in which the Supreme Court has operationalized the principle of insignificance contradicts the principle's dogmatics and has restricted its scope of incidence, generating unnecessary criminal intervention, which violates the precepts of the democratic state of law.

KEYWORDS: Principle of Insignificance; Teleological functionalism; Criminal constitutional principles; Legal interest; Robbery.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL: AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA APLICAÇÃO NA TEORIA DO DELITO	14
2.1 A abertura relativa do sistema e superação da lógica de subsunção formal da lei penal ...	14
2.2 Fundamentos do princípio da insignificância e sua conformidade com o modelo político criminal do Estado	24
2.3 Princípio da insignificância como auxiliar interpretativo para redução da tipicidade	33
2.4 Críticas objetadas à aplicação do princípio da insignificância	40
3 O DESVALOR DO RESULTADO COMO CRITÉRIO PARA AFERIÇÃO DE UMA CONDOTA PENALMENTE INSIGNIFICANTE	45
3.1 Tipicidade penal e o duplo juízo valorativo: desvalor da ação e desvalor do resultado.....	45
3.2 A falência dos critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 84.412-SP para caracterização da insignificância	51
3.3 A funcionalização da tipicidade e sua relação com a teoria da imputação: o desvalor do resultado como determinante para aferição da insignificância.....	61
4 A INSUFICIÊNCIA DO JUÍZO POSTERIOR DE TIPICIDADE MATERIAL COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO DA TIPICIDADE FORMAL DO CRIME DE ROUBO	68
4.1 O bem jurídico e sua função delimitadora da incriminação	68
4.2 Crime de roubo: elementares do tipo e bens jurídicos protegidos.....	76
4.3. A preponderância do juízo subsuntivo e da tipicidade formal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise dos casos sobre a aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo	84
5 CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS.....	103

1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, aponta-se a máxima contida no brocardo latino *minima non curat praetor*, segundo a qual o pretor não se ocupa de causas mínimas, como antecedente mais remoto do princípio da insignificância. Muito embora seja muito frequente a associação entre o princípio da insignificância e o brocardo latino, José Luiz Guzmán Dalbora, em estudo minucioso sobre o tema, concluiu que não há referência ao brocardo em nenhuma das principais fontes do direito romano. A partir deste estudo, o autor afirma que os juristas de Roma conheciam o qualitativo do mínimo para reconhecer sua irrelevância para o direito como um todo e não para orientar a atividade do pretor. Dito de outro modo, tratava-se de uma máxima genérica, e não de um princípio que nortearia a atividade do pretor para a aplicação do direito penal. Isso significa dizer que o conceito de insignificância, como entendido no direito penal moderno, não tem origem no direito romano.¹

O movimento iluminista, como sabemos, foi marcado por uma série de ideias que se centralizavam na razão e no método científico. Um dos principais avanços desse período foi a ideia de legitimação e, com ela, a limitação do Estado por meio do modelo do contrato social.² Em consequência, o direito penal, este considerado como o ramo mais drástico de intervenção, passou a ser objeto de reflexões para contenção do poder punitivo estatal, com o objetivo de evitar seu uso abusivo e discricionário.³ A partir desse momento, teve início na história da modernidade o desenvolvimento de uma ciência voltada à racionalização da criação e da aplicação do direito penal, de modo que a definição e a punição de uma conduta criminosa fossem dotadas de cientificidade e previsibilidade.⁴

Nesse passo, a dogmática penal assumiu relevante papel na construção de uma teoria do delito cujo objetivo era o de afastar a aplicação arbitrária da lei e garantir a igualdade formal

¹ DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, ano 4, n. 14, p. 59-61. Em seu estudo, o autor sugere que a origem do brocardo residiria no pensamento do humanismo jurídico (*Ibidem*, p. 63).

² “Foi a partir do declínio da sociedade fundada na tradição de obediência ao soberano e da consequente necessidade de refundamentação da convivência humana que a legitimação do estado pôde se tornar objeto de discussão teórica. O modelo contratualista desenvolvido no iluminismo tomou para si a tarefa de dar nova fundamentação à ordem social, não mais assentada na tradição, mas sim no acordo que todos os homens firmam em nome da convivência mútua”. (LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 228.)

³ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM**. n. 53, v. 13, 2005, p. 9-37, p. 12-13.

⁴ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 205.

entre os cidadãos. Para tanto, foi idealizado um sistema penal fechado, onde as respostas ao fenômeno do crime pudessem ser encontradas e a atividade jurisdicional fosse aplicada de forma igualitária. A solução dos casos, portanto, deveriam se dar mediante o juízo de subsunção do fato ao que estava previsto abstratamente na lei.

Essa forma de pensamento dogmático positivista, por sua vez, foi confrontada pelas ideias do penalista alemão Claus Roxin, que apresentou uma proposta de sistema aberto para questões de política criminal, consubstanciada em princípios constitucionais penais. De acordo com esse sistema, denominado funcionalismo teleológico, a dogmática penal seria guiada pelos princípios constitucionais, o que garantiria ao intérprete maior possibilidade de construção de soluções para o caso concreto, através de um método axiológico. A maior preocupação do funcionalismo teleológico, portanto, é mais com a interpretação do sistema jurídico penal do que com a criação de dogmas e definição de conceitos dentro da estrutura analítica do delito.

Por meio desse sistema, contudo, não se busca afastar os avanços trazidos pelo positivismo, o que se propõe é a integração entre o direito e a política criminal, a fim de que as soluções para o caso concreto se apresentem mais adequadas e consentâneas com a principiologia constitucional que deve reger o sistema penal. Logo, o objetivo principal é o de oferecer decisões mais equitativas e materialmente adequadas ao caso concreto. E isso somente é possível com a utilização de instrumentos que tornem possível uma incidência legítima do direito penal na liberdade do cidadão.

Essa contextualização do sistema funcionalista se faz necessária para uma melhor compreensão do chamado princípio da insignificância, pois o seu tratamento sistemático se deu a partir dos estudos de Roxin. A ideia original não tinha a pretensão de generalização e consistia em uma forma de interpretar a cláusula geral de reprovabilidade existente no crime de constrangimento ilegal (Nötigung, § 240 StGB), com a finalidade de limitar o dispositivo⁵. Alguns anos depois o penalista alemão admite a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância na maioria dos tipos penais, para excluir de plano lesões ínfimas.

No Brasil, devido aos estudos iniciais de Roxin, é comum que a doutrina atribua a ele a autoria da teoria do princípio da insignificância. Entretanto, o desenvolvimento da teoria na dogmática brasileira foi muito além de seus estudos. A ideia central, porém, é a mesma: exclusão do crime pela verificação da escassa lesividade da conduta. Embora haja entendimento

⁵ Abreviação de *Strafgesetzbuch*, ou “código penal”. Essa abreviação é utilizada por Luís Greco e Alaor Leite em seu artigo intitulado “Claus Roxin, 80 anos”. In: ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alaor Leite. Tradução de Luís Greco et. al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 31.

doutrinário no sentido contrário, a maior parte da doutrina entende que a aplicação do princípio da insignificância exclui a tipicidade penal, ainda que a conduta seja formalmente típica. Daí se verifica a relação estreita entre a insignificância e o sistema funcionalista teleológico.

A construção do princípio da insignificância na dogmática brasileira é baseada na abordagem garantista e limitadora do sistema penal dos princípios constitucionais. Nesse passo, o direito penal deve ser aplicado como último instrumento de regulação social. Tobias Barreto defende que o conceito de pena é político e não um conceito jurídico, afirmando ainda que o fundamento jurídico da pena é o mesmo fundamento da guerra⁶, para ilustrar o quão a intervenção estatal no âmbito penal representa uma medida extrema. Assis Toledo afirma que o “Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.”⁷ E continua, sustentando que a gradação qualitativa e quantitativa do injusto “permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado – se necessário – como ilícito civil, administrativo etc.”⁸

Com base nessas premissas, o princípio da insignificância se mostra uma ferramenta imprescindível para conter a intervenção penal, ao passo em que busca afastar da incidência do direito penal aquelas condutas que, embora formalmente típicas, não devem ser consideradas penalmente relevantes por ausência de afetação do bem jurídico protegido pela norma penal. A utilização dessa ferramenta, todavia, não pode ser arbitrária, casuística e sem critérios, devendo ser operacionalizada dentro da própria dogmática jurídico penal, a fim de que as decisões sejam coerentes, racionais e contenham um mínimo de previsibilidade e segurança jurídica.

A problemática sobre a aplicação do princípio da insignificância repousa exatamente em como se concebê-lo dogmaticamente (se excludente da tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade) e qual a melhor forma de operacionalizá-lo, além do estabelecimento de critérios mínimos. A principal formulação da doutrina é do princípio da insignificância como excludente da tipicidade material, que consiste na descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas (tipicidade formal) não atinge o bem jurídico de forma relevante (tipicidade material). Nesse caso, há um juízo híbrido de subsunção e de valoração político-criminal.

No âmbito da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal também considera o princípio da insignificância como excludente da tipicidade material, e elencou, no julgamento do *Habeas*

⁶ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 177-178.

⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5º ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p.133.

⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5º ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p.134.

Corpus nº 84.412/SP⁹, quatro vetores para se constatar, no caso concreto, a relevância penal ou não de uma conduta. São eles: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Com base nesses critérios, que devem ser observados cumulativamente, o STF tem afastado a tipicidade de condutas que não lesem significativamente o bem jurídico. No acórdão paradigma (*Habeas Corpus* nº 84.412/SP), a tipicidade foi afastada para descriminalizar uma conduta que se amoldaria, em tese, ao crime de furto. Desde então, o STF tem utilizado esses critérios para afastar a tipicidade material de condutas que se amoldam aos mais diversos tipos penais onde a magnitude da lesão pode ser aferida como elemento de materialidade típica.

Ocorre que, no caso do crime de roubo, o STF tem se mostrado refratário à aplicação do princípio da insignificância, sob o argumento de que se trata de crime complexo, cometido mediante o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, que visa a proteção não somente do patrimônio, mas também da integridade pessoal da vítima. Desse entendimento apriorístico do STF, surgem as seguintes perguntas: a) qual(is) critério(s) deve(m) ser utilizado(s) para determinação de uma conduta penalmente insignificante? b) Qual a melhor maneira de operacionalizar o princípio da insignificância? e c) O princípio da insignificância pode ser aplicado em crimes complexos? Assim, tendo em vista o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo, ainda que o objeto subtraído seja de valor ínfimo, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo.

A análise acadêmica deste tema justifica-se pela relevância social da incidência do princípio da insignificância para descriminalização de condutas que não lesem significativamente o bem jurídico protegido. Nesse sentido, a aplicação do referido princípio se revela instrumento de contenção do poder punitivo, na medida em que atua restringindo o alcance da norma penal para abarcar aquelas condutas que lesem o bem jurídico de maneira significativa. Assim, a análise do tema se mostra importante para que possamos refletir acerca dos critérios para se determinar quando uma conduta é penalmente insignificante, trazendo maior coerência e previsibilidade na aplicação do princípio, evitando casuísmos.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 84.412/SP**, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/10/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-11-2004 PP-00037, EMENTA VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963.

Além disso, importante a reflexão sobre a forma de operacionalização do princípio pelo STF, que se utiliza de critérios que não se relacionam com o princípio da insignificância, limitando, conseqüentemente, sua aplicação. No caso do roubo, considerando que é um dos crimes que mais encarceram, a aplicação do princípio da insignificância revela significativa importância no contexto nacional, particularmente pela possibilidade de se viabilizar uma intervenção penal limitada, respeitando-se os princípios constitucionais que regem o direito penal, como, por exemplo, a proporcionalidade e a lesividade.

O princípio da insignificância é uma ferramenta interpretativa para redução da tipicidade e serve para conferir racionalidade e corrigir a excessiva extensão do processo de criminalização secundária (aplicação da norma penal no caso concreto). Tendo por base essa premissa, a interpretação restritiva significa exigir uma afetação relevante do bem jurídico para a caracterização do tipo penal, sem a qual este restaria excluído do campo da incidência pela falta de lesividade mínima.¹⁰ Sendo assim, como o roubo se trata de crime complexo, que tutela dois bens jurídicos, a incidência deste tipo penal pressupõe a lesão aos dois bens jurídicos tutelados. Em não havendo lesão significativa a um dos bens jurídicos, portanto, estaríamos diante de outro tipo penal.

O presente trabalho parte então da hipótese de que tratar da mesma maneira situações em que haja lesão a apenas um dos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal de roubo e situações em que haja lesão a todos, revela uma preponderância no juízo de tipicidade formal (subsunção do fato à norma), que viola os princípios constitucionais reitores do direito penal, visto que há ocasiões onde a lesão ao bem jurídico é tão insignificante que, até mesmo aplicando-se a pena mínima, haverá desproporcionalidade entre a lesão e a sanção.

Para o desenvolvimento deste trabalho, a metodologia utilizada foi do tipo qualitativa e sob o método dedutivo, que consistiu em revisão bibliográfica e análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹¹, com exames de julgados acerca da aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo, artigos e livros nacionais e estrangeiros correlatos com o objeto da pesquisa.

¹⁰ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 106.

¹¹ Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima explicam que “chamamos de Análise de Jurisprudência, a metodologia consistente em coletar as decisões de um ou diversos decisores, sobre um determinado problema jurídico, com o objetivo de identificar um momento decisório, realizar um 'retrato da arte' sobre o assunto”. (FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões: MAD. In: **Universitas Jus**, Brasília-DF, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010, p. 2-3.)

Para exame dos julgados, foi realizada pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), utilizando-se as variáveis “insignificância” e “roubo”, que correspondem ao recorte temático deste trabalho. Como resultado, verificou-se a presença de 27 acórdãos, julgados entre 2005 e 2021, divididos da seguinte forma: 16 Habeas Corpus (HC), 07 Recursos Ordinários em Habeas Corpus (RHC), 02 Agravos de Instrumento contra descabimento de Recurso Extraordinário (AI), 01 Recurso Extraordinário (RE) e 01 Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (ARE). Desses casos, nenhum foi examinado pelo Pleno, havendo 16 decisões emitidas pela Primeira Turma e 11 decisões pela Segunda Turma. Merece ainda anotar que, das 27 decisões encontradas, 14 foram indexadas incorretamente, pois algumas se tratavam do crime de roubo, mas sem avaliar a questão da insignificância, restringindo-se a avaliar o momento consumativo ou questões referentes à prisão preventiva. Outras decisões indexadas incorretamente se referiam a outros crimes, como furto ou receptação.

Sem desconhecer as posições do funcionalismo sistêmico, que compreendem a finalidade da pena, ou o próprio direito penal, como manutenção da vigência da norma para garantir a identidade de determinada sociedade, teremos como marco teórico a função do direito penal como protetor de bens jurídicos, levando-se em conta, ademais, os princípios constitucionais que fundamentam o princípio da insignificância, os quais são indispensáveis à sua compreensão, uma vez que este é derivado de construção teórico-doutrinária.

Para atingir os objetivos narrados, na primeira seção, contextualizaremos o princípio da insignificância no sistema penal denominado funcionalismo teleológico, idealizado por Claus Roxin, fazendo a correlação entre a insignificância e os princípios constitucionais. Além disso, analisaremos a natureza jurídica do princípio da insignificância e sua posição na teoria do delito, enfrentando, por fim, as principais críticas direcionadas à utilização do instituto.

Após a verificação de conformidade entre o princípio da insignificância e o modelo político criminal da Constituição Federal de 1988, analisaremos, na segunda seção, os critérios estabelecidos pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal para determinação de uma conduta penalmente insignificante, a fim de averiguar qual seria o critério mais adequado e como o princípio pode ser operacionalizado dentro do funcionalismo teleológico, com a utilização da teoria da imputação.

Finalmente, na terceira seção, analisamos a função delimitadora que o bem jurídico possui na incriminação, discorrendo acerca das elementares do crime de roubo e dos bens jurídicos tutelados por este tipo penal, além de relatarmos as constatações provenientes da

análise da jurisprudência da Suprema Corte no que tange à aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo, que demonstra a necessidade urgente de superação da cisão entre o plano formal e material na tipicidade, uma vez que esse cisão limita o âmbito de incidência do princípio da insignificância, acarretando, conseqüentemente, em uma intervenção desnecessária e irracional do poder punitivo.

2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL: AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA APLICAÇÃO NA TEORIA DO DELITO

2.1 A abertura relativa do sistema e superação da lógica de subsunção formal da lei penal

O princípio da insignificância¹² tem se revelado importante instituição do direito penal contemporâneo. De criação doutrinária¹³ e com a finalidade de redução do poder punitivo, ao excluir de sua incidência aquelas hipóteses em que a conduta se amolda formalmente ao tipo penal sem, contudo, afetar de maneira relevante o bem jurídico, o princípio tem sido utilizado, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência nacionais, como forma de justificar a não intervenção do Estado para punição desses comportamentos. Muito embora haja ampla aceitação do referido princípio, sua utilização não é isenta de polêmicas e críticas, notadamente no sentido de violar a ideia de sistema penal. Assim, diante da ampla aceitação e utilização no cotidiano forense, faz-se imprescindível entender o contexto em que surge o interesse jurídico-penal por esse princípio, a fim de se compreender quais são seus objetivos e, consequentemente, seus impactos na teoria do delito.

Ao longo de séculos, a dogmática penal se ocupou de atribuir conteúdo às categorias do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade)¹⁴, construindo dogmas, conceitos e,

¹² Em que pese entendermos que não se trata, tecnicamente, de um princípio, conforme demonstraremos no item 2.2 deste trabalho, optamos por adotar essa nomenclatura em virtude de sua incorporação no vocabulário jurídico da doutrina e dos tribunais brasileiros. Segundo Zaffaroni e Batista, a melhor forma de resolver esse impasse de nomenclatura seria adotar, para os casos de afetação irrelevante do bem jurídico, a expressão “lesão insignificante” (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo II. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 228). Rafael Fagundes Pinto sugere, ainda, a utilização do termo “insignificância” (PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 108). Contudo, considerando a irrelevância prática da alteração da nomenclatura, adotamos a expressão já consagrada.

¹³ “O conceito de delito de bagatela não está na Dogmática jurídica. Nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o ataca formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que se aceitam limites para interpretação constitucional e das leis em geral. É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes do direito.” (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais penais e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 45).

¹⁴ A ciência penal, a partir do movimento iluminista, passou a desempenhar uma importante função de limitação do arbítrio da punição estatal, estabelecendo requisitos para o exercício do poder punitivo, sustentando que uma aplicação racional e homogênea da lei penal, que garanta segurança jurídica e racionalidade à atividade jurisdicional, é possível em razão das características gerais do conceito de delito. (LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 205).

principalmente, um sistema penal fechado¹⁵, no intuito de garantir a igualdade formal e o afastamento do arbítrio na aplicação da lei. A ideia do sistema fechado, portanto, era a de que houvesse uma aplicação igualitária da atividade jurisdicional e que os fenômenos do crime e da pena fossem avaliados por um viés puramente jurídico, ou seja, a resposta aos problemas deveriam ser encontradas dentro do próprio sistema penal.¹⁶

O confronto a essa forma de se conceber o pensamento dogmático, onde a ciência estava limitada à precisão conceitual, somente veio a ocorrer nas últimas décadas, notadamente com o surgimento do sistema penal denominado funcionalista ou teleológico-racional, que tem como precursor o penalista alemão Claus Roxin¹⁷. Esse modelo se opõe às ideias ontológicas dogmáticas do finalismo penal¹⁸, apresentando uma proposta de política criminal consubstanciada em princípios penais constitucionais, que deve guiar a dogmática penal, conferindo maior possibilidade de o intérprete, através de um método axiológico, construir soluções para o caso concreto norteados pela finalidade político-criminal do direito penal.¹⁹

O que caracteriza o modelo funcionalista de Roxin é a sua tonalidade político-criminal, onde a maior preocupação da dogmática deixa de ser a criação de dogmas e a definição de conceitos dentro da estrutura analítica do delito, passando a focar na interpretação do sistema jurídico penal.²⁰ Desse modo, tona-se necessária a funcionalização das categorias do direito penal, preenchendo-as com considerações político-criminais que torne a aplicação da lei penal

¹⁵ A ciência penal, ao estabelecer requisitos para o exercício do poder punitivo, passava assim a ser vista como “a barreira intransponível da política criminal” (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 01-02).

¹⁶ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 206.

¹⁷ Apareceu na década de 1960 e foi anunciado, principalmente, com a obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal* de Claus Roxin, publicada em 1970. Foi publicada, inicialmente, em alemão, mas já há versão em português, com tradução de Luís Greco (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000). Por oportuno, importante deixar claro que existem diversos funcionalismos, mas duas correntes se destacaram nessa linha de pensamento: a de Gunther Jakobs, denominada de funcionalismo sistêmico, e a de Claus Roxin, denominada funcionalismo teleológico. (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista brasileira de direito comparado**, n. 20, p. 211-283, 2003, p. 241). Para fins do presente trabalho, como recorte, apenas o funcionalismo teleológico, pelo sua estrita relação com o princípio da insignificância, será objeto de análise.

¹⁸ Modelo penal que, a partir dos estudos de Welzel, pretendeu vincular as formas jurídicas à realidade ontológica. O centro de todo o sistema é o conceito de ação, sendo a teoria da ação a teoria do próprio delito. O problema desse modelo é o de que, ao considerar que o direito somente pode proibir ações finalistas, banuiu o resultado do ilícito, igualando os crimes tentados e consumados. Outro problema é que predomina nesse sistema o dedutivismo lógico e classificatório, de modo que é abandonada a noção de materialização das categorias do delito. Assim, o tipo é meramente formal, consubstanciado em matéria de proibição, e a antijuridicidade é a mera ausência de excludentes de ilicitude. (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista brasileira de direito comparado**, n. 20, p. 211-283, 2003, p. 221-226).

¹⁹ GOMES FILHO, Demerval Farias. **Dogmática Penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 90.

²⁰ GOMES FILHO, Demerval Farias. **Dogmática Penal**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 91.

em algo dotado de sistematicidade e correção valorativa. Essa funcionalização se faz necessária no estado democrático de direito, pois o mero raciocínio de subsunção do fato ao tipo penal, muito embora possa produzir, em alguns casos, respostas seguras e dotadas de coerência sistemática, não garante soluções equitativas e condizentes com os valores fundantes do direito penal.²¹

Em uma sociedade complexa como a contemporânea, na qual o direito penal passou a ser concebido como *ultima ratio*, parece-nos que um sistema rígido e excessivamente formalista, que vise tão somente garantir a segurança jurídica e a igualdade formal na aplicação da lei penal, não é capaz de suprir todas as exigências, justamente por não conseguir afastar a intervenção penal de uma série de casos de pouca ou nenhuma relevância, que sequer deveriam ser regulados pelo direito.²²

As vantagens da racionalidade na aplicação da lei e a sistematização das categorias da teoria do delito, oriundas desses sistemas rígidos, são reconhecidas por Roxin. Entretanto, aponta que o minucioso trabalho sistemático da dogmática, com todas as sutilíssimas precisões conceituais talvez caracterizasse uma desproporção entre todos esses esforços envidados e suas consequências práticas, concluindo que parecem pouco produtivas todas as discussões sobre o sistema correto, se o que importa é somente a organização, igualdade e domínio sobre a matéria.²³ Desse modo, passou-se a notar que uma ciência que tenda a abstrair as nuances da realidade em nome de um maior rigor do raciocínio jurídico-formal, limitando-se à precisão conceitual e análise pura da lei (aqui como texto), acabaria resultando em uma dogmática penal reduzida a um sistema incapaz de reflexão crítica de si própria, um sistema fechado em si mesmo.²⁴

Roxin defende que um sistema assim fechado é insuficiente para a solução dos problemas de ordem penal, pois isola a dogmática das decisões valorativas político-criminais, bem como da realidade social, ao invés de abrir-lhe os caminhos até elas.²⁵ Em sua visão, um sistema frutífero deve ser orientado por fins político-criminais, além de ter ordem, clareza conceitual e proximidade à realidade. Com base nesses pressupostos, apresenta seu sistema

²¹ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 218.

²² LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 207.

²³ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 6.

²⁴ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 206-207.

²⁵ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 23.

funcionalista, que parte da premissa de que cada categoria da teoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal, sem descuidar da importância da dogmática penal para impor limites à política criminal.²⁶

A teoria jurídica do positivismo, calcada na ideia de oposição entre o direito penal e a política criminal, caracterizava-se por banir da esfera do direito as dimensões do social e do político. De acordo com esse pensamento, o direito penal somente pode ser considerado ciência em sentido próprio enquanto se ocupar da análise conceitual das regulamentações jurídico-positivas e da sua ordenação no sistema, uma vez que a política criminal, que se importa com os conteúdos sociais e fins do direito penal se encontra fora do âmbito jurídico. Seguindo esse raciocínio, “a lei não é instrumento de reforma social, mas somente meio de reestabelecimento e de ordenação das liberdades coexistentes.”²⁷ Todavia, a tarefa da lei, atualmente, não se esgota mais nesta função garantística.

Assim, a fim de superar esse modelo dogmático comprometido apenas com problemas de caráter formalista, sem que se abandone a ideia de sistema e caiamos em um modelo onde a aplicação da lei penal se torne casuística e arbitrária, Roxin defende que o caminho correto só pode ser a introdução das decisões valorativas político-criminais no sistema do direito penal. Contudo, sustenta que, com essa abertura do sistema para decisões de conteúdo valorativo, a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de sistema. Desse modo, não é sua proposta se desvencilhar da noção de sistema, pois suas críticas não se dirigem ao próprio pensamento sistemático, mas a premissas errôneas em seu desenvolvimento dogmático.²⁸

Portanto, a ideia do funcionalismo roxiniano é a de que sejam mantidos todos os avanços do positivismo para a teoria do delito e que não haja contradição entre os fins político-criminais e a submissão e adequação ao direito, mas deve, sim, haver uma síntese entre eles, pois uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de direito material.²⁹ Logo, a política criminal e o direito penal devem trabalhar juntos, integrando-se, para orientar a atividade do dogmático, cujo trabalho “é identificar a valoração político-criminal que subjaz cada conceito da teoria do delito e funcionalizá-lo, ou seja, construí-lo e desenvolvê-lo de modo que atenda essa função

²⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 28-29.

²⁷ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12-13.

²⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11-12.

²⁹ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12-13.

da melhor maneira possível.”³⁰ Essa integração entre o direito penal e a política criminal representa uma sensibilização do direito no que tange às diferenças entre casos aparentemente iguais, sendo essa integração necessária para que o postulado de justiça, que exige tratamento diferente aos diferentes, seja concretizado.³¹

Nesse sentido, Roxin compreende que a valoração político-criminal é o fundamento dedutivo do sistema, representando não mais que um primeiro passo. Assim, esta dedução deve ser complementada pelo segundo passo, a indução, ou seja, a análise minuciosa da realidade e de todos os problemas com os quais o valor se defrontará. Após esse processo, o valor deve ser concretizado nos mais diferentes grupos de casos. E a depender das peculiaridades da matéria regulada, o mesmo valor poderá trazer, ora essas, ora aquelas consequências. Portanto, segundo Luís Greco, o pensamento de Roxin pode ser entendido como uma síntese do ontológico com o valorativo, através de um proceder dedutivo e indutivo, ao mesmo tempo, por parte do jurista.³²

Esse procedimento de integração entre o direito penal e a política criminal, logicamente, passa por um necessário afastamento das premissas tradicionais do pensamento dogmático, tudo em busca de soluções mais adequadas e justas ao caso concreto. Para atingir tal finalidade, é necessária a utilização de instrumentos que viabilizem uma incidência mais limitada e legítima do direito penal sobre a liberdade dos cidadãos. E é justamente nesse contexto que o princípio da insignificância adquire grande importância, uma vez que representa um desses instrumentos essenciais ao raciocínio jurídico-penal, mostrando-se ferramenta imprescindível para a contenção do poder punitivo. Por meio dele, busca-se afastar da incidência do direito penal aquelas hipóteses em que a conduta, ainda que subsumível à lei, não deve ser considerada penalmente relevante. Nesses casos, a aplicação fria da lei penal pode não ser necessária e deve ser afastada, sendo possível, a depender do caso concreto, sua substituição por outras formas de regulação.³³

³⁰ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista brasileira de direito comparado**, n. 20, p. 211-283, 2003, p. 236.

³¹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista brasileira de direito comparado**, n. 20, p. 211-283, 2003, p. 238.

³² GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista brasileira de direito comparado**, n. 20, p. 211-283, 2003, p. 238-239.

³³ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 207.

Pode-se dizer, portanto, que as bases do princípio da insignificância podem ser identificadas na crítica a esse modelo fechado de sistema penal, que se utiliza de uma dogmática excessivamente formalista, voltada a garantir tão somente uma aplicação homogênea e segura dos preceitos jurídicos, mas alheia à realidade social. A correta saída para resolver o impasse trazido por um sistema formalista, no entanto, não deve ser a negação da ideia de sistema, mas sim a busca por uma abertura relativa do sistema penal. Desse modo, a discussão sobre o princípio da insignificância deve se manter no interior da própria dogmática, de modo que sua utilização seja capaz de atentar ao caso concreto sem descuidar dos conceitos capazes de fornecer uma aplicação segura e previsível do direito penal.³⁴

O tratamento sistemático do princípio da insignificância, em nossa tradição romano-germânica, se deu a partir dos estudos do penalista alemão Claus Roxin, em 1964.³⁵ O contexto em que surge o princípio da insignificância se deu nos estudos de Roxin acerca da parte especial do Direito Penal alemão, mais precisamente nos estudos acerca da cláusula geral de reprovabilidade existente no crime de constrangimento ilegal (*Nötigung*, § 240 StGB)³⁶. Entretanto, no momento de sua formulação, Roxin não tinha a pretensão de generalização com o princípio da insignificância, servindo ele apenas para limitar o dispositivo que prevê o constrangimento ilegal.³⁷ Alguns anos depois, mais precisamente em 1970, Roxin publicou a obra “Política criminal e sistema jurídico-penal”, na qual retoma a temática do princípio da insignificância e demonstrar ter mudado a sua compreensão do âmbito de aplicação do

³⁴ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 208-209.

³⁵ “Antes de tudo, chama a atenção o fato de que o texto no qual Roxin efetivamente introduziu o tema não seja quase nunca mencionado. Trata-se do artigo *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht* (Reprovabilidade e imoralidade como características causadoras do ilícito no direito penal), que é citado na própria *Kriminalpolitik* – obra na qual todos dizem ter-se inspirado – quando Roxin retoma o tema”. (DE CASTRO, Alexander. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). In: **Revista da faculdade de direito da UFMG**, n. 74, p. 39-64, 2019, p. 46).

³⁶ Abreviação de *Strafgesetzbuch*, ou “código penal”. Essa abreviação é utilizada por Luís Greco e Alaor Leite em seu artigo intitulado “Claus Roxin, 80 anos”. In: ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alaor Leite. Tradução de Luís Greco et. al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 31.

³⁷ “Segundo a redação do *Strafgesetzbuch*, o constrangimento ilegal tipificado no § 240 I StGB só é antijurídico se ele for de considerar-se reprovável em relação ao fim almejado (§240 II StGB), o que torna nebulosa a separação entre tipo e antijuridicidade e dificulta a distinção entre erro de tipo e erro de proibição. Roxin esforçava-se no sentido de afastar as dimensões moralistas dessa cláusula, interpretando-a com referência ao caráter antissocial a ação, e ofereceu parâmetros interpretativos que pudessem ser manejados mais concretamente pelos tribunais. [...] Roxin oferece, então, seis princípios – o que ele mesmo chamou de doutrina dos princípios – que seriam os padrões interpretativos da cláusula de reprovabilidade”. (GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. In: ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alaor Leite. Tradução de Luís Greco et. al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 31).

princípio. De fato, segundo ele, cogita a hipótese da aplicação do princípio da insignificância para excluir logo de plano lesões de bagatela na maioria dos tipos penais.³⁸

Em virtude dessas considerações de Claus Roxin, é comum que a doutrina penal brasileira o mencione como o autor da teoria do chamado princípio da insignificância. Contudo, a construção do tratamento dogmático da escassa lesividade da conduta na doutrina pátria se afasta da matriz alemã não somente em seus fundamentos, como vimos, mas também em seu alcance³⁹. Isso porque, embora Roxin tenha avançado a ideia de extensão do princípio da insignificância para outros delitos além do constrangimento ilegal, não se esforçou no desenvolvimento da teoria, uma vez que a questão das condutas que não lesem significativamente o bem jurídico, se resolvem, na Alemanha, no âmbito processual, em virtude do princípio da oportunidade.⁴⁰

De qualquer modo, a doutrina brasileira se refere à exclusão do crime pela verificação da escassa lesividade da conduta com a fórmula “princípio da insignificância” graças a essas supostas filiações roxinianas,⁴¹ Além disso, é preciso reconhecer que, muito embora a doutrina penal brasileira tenha desenvolvido uma definição do princípio da insignificância que possui apenas uma relação de homonímia com a formulação de Roxin⁴², é inegável que o princípio da insignificância, compreendido pela maior parte da doutrina e jurisprudência como excludente da tipicidade⁴³ quando a lesão for considerada insignificante, ainda que a conduta seja

³⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11-12.

³⁹ Segundo Bottini, “a insignificância tem sido admitida em âmbitos cada vez mais abrangentes, passando a ser admitido em “crimes ambientais (STJ HC 35.203), contra direitos trabalhistas (STJ HC 107.572), telecomunicações (STF HC 104.530), dentre outros delitos nos quais a magnitude da lesão pode ser aferida como elemento de materialidade típica”. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da insignificância é um tema em construção. In: **Revista Consultor Jurídico**, 26 de julho de 2011, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jul-26/direito-defesa-principio-insignificancia-tema-construcao#:~:text=Princ%C3%ADpio%20da%20insignific%C3%A2ncia%20C3%A9%20um%20tema%20e%20constru%C3%A7%C3%A3o,-26%20de%20julho&text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20insignific%C3%A2ncia%20tem,dos%20tribunais%20com%20alguma%20regularidade.&text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20insignific%C3%A2ncia%2C%20ou,legitimidade%20como%20crit%C3%A9rio%20de%20interpreta%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 10 jul. 2021.

⁴⁰ Trataremos dessa solução, sucintamente, no item 1.3, pois o objeto de estudo deste trabalho é a insignificância como categoria integrante da teoria do delito.

⁴¹ DE CASTRO, Alexander. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). In: **Revista da faculdade de direito da UFMG**, n. 74, p. 39-64, 2019, p. 47.

⁴² DE CASTRO, Alexander. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). In: **Revista da faculdade de direito da UFMG**, n. 74, p. 39-64, 2019, p. 57.

⁴³ Em que pese entendimento no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância exclui outras categorias da teoria do delito, conforme veremos no item 2.3, a maior parte da doutrina entende que se trata de causa excludente da tipicidade. A jurisprudência dominante é no mesmo sentido, conforme trataremos na seção 3.

formalmente típica, tem estreita relação com a proposta do funcionalismo teleológico, diante da abertura do sistema para valorações político-criminais.

No Brasil, o primeiro estudo sobre o princípio da insignificância foi publicado em 1988, por Diomar Ackel Filho⁴⁴, e até então estudos sobre o tema são desenvolvidos, não havendo ainda um consenso sobre seu conceito, natureza jurídica e forma de operacionalização. Entretanto, desde que o assunto passou a ser tratado na dogmática brasileira, a construção de um fundamento para a validade do princípio da insignificância no sistema penal tem sido feita com base na concretização dos princípios constitucionais. Esse é o ponto comum em todas as propostas dogmáticas brasileiras de formulação do princípio da insignificância. À luz da nova abordagem garantista e limitadora do sistema penal da Constituição Federal de 1988, que confere normatividade aos princípios norteadores do direito penal, a punição de condutas que não gerassem lesão significativa ao bem jurídico passou a gerar a sensação de desconforto teórico na dogmática penalista.⁴⁵

Segundo Alberto Jorge Correia de Barros Lima, estão presentes na Constituição Federal princípios constitucionais influentes em matéria penal e princípios constitucionais penais explícitos e implícitos, os quais são hierarquicamente superiores às normas penais ordinárias, devendo essas, em virtude do imperativo da superioridade hierárquica, amoldarem-se às irradiações daqueles, de modo que a contrariedade da norma penal ordinária aos princípios constitucionais geram incompatibilidade e inconstitucionalidade dessa norma.⁴⁶ Dessa relação de superioridade hierárquica dos princípios constitucionais e da imposição de compatibilidade do sistema penal com esses princípios, podemos inferir que o sistema penal ostenta relativa abertura para valorações político-criminais, o que significa dizer que as normas penais ordinárias não podem ser interpretadas mediante a mera atividade de subsunção formal.

A nova concepção dada ao direito constitucional alterou significativamente o espectro de abrangência e a profundidade de conteúdo dos direitos fundamentais estabelecidos no texto da Constituição. Conforme explicitado por Mercedes Álamo, as Constituições modernas estabelecem o princípio do estado de direito e os direitos fundamentais como um marco diferencial muito preciso, os quais se projetam sobre a lei penal, o delito e suas consequências.

⁴⁴ ACKEL FILHO, Diomar. Princípio da insignificância no direito penal. In: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo**, São Paulo, v. 94, abril/junho, 1988.

⁴⁵ DE CASTRO, Alexander. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). In: **Revista da faculdade de direito da UFMG**, n. 74, p. 39-64, 2019, p. 44-45.

⁴⁶ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. Editora Saraiva. 2012. p. 66.

Nesse sentido, o estado de direito formal cede lugar para o estado de direito material, um estado em que seu poder está sujeito a direitos fundamentais. No estado de direito material, o princípio da igualdade, por exemplo, é reconhecido tanto em seu aspecto formal como também material, o que resulta em reconhecimento da igualdade de liberdade e dignidade do homem.⁴⁷

A configuração do atual estado constitucional, conhecido como o neoconstitucionalismo, representa profunda mudança no Estado e no direito constitucional, como, por exemplo, a força normativa da Constituição, a centralidade dos direitos fundamentais e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Tais fenômenos resultaram no chamado processo de constitucionalização do direito.⁴⁸ Nesse ínterim, segundo Barroso, a interpretação jurídica tradicional se desenvolveu sobre duas grandes premissas, a saber: quanto ao papel da norma e quanto ao papel do juiz. À norma, cabe oferecer a solução para os problemas jurídicos, enquanto que ao juiz cabe identificar, no ordenamento jurídico, a norma e a solução nela contida para a situação a ser resolvida.⁴⁹

No sistema tradicional, as normas são enunciados que descrevem as condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. Por outro lado, com o avanço do direito constitucional e a constitucionalização do direito, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no texto normativo, de modo que a solução, ou a resposta constitucionalmente adequada, somente pode ser produzida no caso concreto. Ademais, o juiz deixa de ter a função de apenas revelar a solução contida no enunciado normativo, mediante a mera subsunção do fato à norma, passando a ter um papel no “processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.”⁵⁰

De maneira geral, esta nova forma de enxergar a Constituição em contraponto ao direito penal tem como característica marcante a valorização da força normativa dos princípios, que tomam o lugar de parâmetros de interpretação e aplicação do direito, em conjunto com as regras

⁴⁷ ÁLAMO, Mercedes Alonso. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. In: **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 29, 2009, p. 61-105, p. 63.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. p. 15. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. p. 12. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. p. 12. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

jurídicas. Assim, o juiz, antes limitado aos fatos narrados, passa também a ser juiz das leis, no sentido de ter que realizar o controle de sua conformação constitucional.⁵¹ Nessa perspectiva, o julgador, diante do caso concreto, deve não somente buscar na lei penal a norma que se subsuma aos fatos, mas deve também, antes de aplicar a norma, verificar se a solução proveniente de sua aplicação está em conformidade com os princípios constitucionais que regem o direito penal (fins político-criminais), em um juízo dialético de dedução e indução. Nessa atividade de interpretação e confronto entre a norma penal que se adequa formalmente aos fatos e os princípios constitucionais, caso seja verificado que a aplicação daquela norma contrarie os valores insertos na Constituição, ela deve ser afastada.

Dentro dessa lógica, o princípio da insignificância, que tem por objetivo afastar da incidência da lei penal aquelas condutas que representem lesão de pequena monta, estaria pressuposto pela própria ordem constitucional, haja vista sua natureza e extensão depender da interpretação e concretização dos princípios de ordem constitucional. Assim, o fundamento de validade do princípio da insignificância é encontrado nos princípios constitucionais que regem o direito penal de um estado democrático de direito, razão pela qual ignorar sua existência e validade tornaria frágil esse mesmo estado democrático onde ele está inserido.⁵² Portanto, o direito penal de um estado democrático de direito pressupõe uma teoria do delito em conformidade com as bases constitucionais, onde não existe crime sem ofensa relevante ao bem jurídico tutelado e a intervenção do direito penal somente se justifica diante de ofensas graves.⁵³

As contribuições neoconstitucionais de utilização de princípios na solução de casos concretos e o papel de destaque do julgador na interpretação da lei penal em confronto com esses princípios, portanto, dialogam com a proposta funcionalista teleológica idealizada por Roxin, na medida em que propõe-se, nesse sistema, que a solução de casos penais ultrapasse a lógica de subsunção formal da lei penal, permitindo-se a abertura relativa do sistema para solucionar os casos com suporte em princípios de cunho político-criminal extraídos do texto constitucional. Assim, muito embora a formulação do princípio da insignificância pela doutrina brasileira seja dotada de relevante independência em relação à proposta de Roxin, é inegável a relação entre essa formulação e o sistema funcionalista proposto pelo jurista alemão. Além disso, para ambas as concepções do princípio da insignificância, seu fundamento de validade

⁵¹ SANTOS, Cleopas Isaías. Alguns apontamentos sobre as vinculações filosóficas e constitucionais do conceito material de crime. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 7, p. 77-96, mai./ago., 2011, p.90.

⁵² DE CASTRO, Alexander. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). In: **Revista da faculdade de direito da UFMG**, n. 74, p. 39-64, 2019, p. 51.

⁵³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 196.

se encontra na ordem constitucional. A seguir, analisaremos os princípios constitucionais que fundamentam o princípio da insignificância.

2.2 Fundamentos do princípio da insignificância e sua conformidade com o modelo político criminal do Estado

Um dos princípios fundadores do princípio da insignificância é o da igualdade. Entretanto, não se deve conhecer do princípio da igualdade apenas em seu aspecto formal, mas, sobretudo sob a ótica material. A igualdade formal pode ser entendida como o tratamento igualitário destinado a todos os indivíduos que se encontram em uma mesma situação fática e jurídica. Já a igualdade material vislumbra tratamento isonômico dos desiguais através da concretização de direitos sociais substanciais, objetivando, pois, tratamento equânime, na medida em que as pessoas que estejam em situações fáticas e jurídicas desiguais não devem ser tratadas da mesma maneira.⁵⁴

Como freio ao poder punitivo estatal, o direito penal deve observar que, além da igualdade formal, seja garantida a igualdade material, a verdadeira isonomia, a fim de se reduzir a irracionalidade do sistema penal e corrigir as falhas de abstração no processo de criminalização primária (elaboração de leis criminalizadoras). Dessa forma, já que na própria tipificação do crime não incide plenamente a isonomia, para afastar o que seria insignificante, esta deve incidir na aplicação da lei no caso concreto (criminalização secundária).⁵⁵

No mesmo sentido, a respeito da necessidade da busca da igualdade material, Maurício Lopes afirma que “cabe ao Magistrado suplantando os limites da isonomia formal e adequar a respectiva sanção à conduta individualmente considerada, individualizando a resposta penal na medida da real culpabilidade do agente, preservando a igualdade real entre os acusados”⁵⁶, uma vez que, em matéria de natureza penal, em que pese a necessidade de se utilizar os mesmos critérios sancionadores para situações iguais, não significa dizer que devam ser utilizadas as mesmas sanções.⁵⁷ Por isso que a pena prevista em abstrato deve possuir um mínimo e um

⁵⁴ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4ª edição, São Paulo: Editora Método, 2010. P. 393-394.

⁵⁵ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44-45.

⁵⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 56.

⁵⁷ PRESTES, Cássio Vinícius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 46.

máximo, a fim de que seja aplicada, no caso concreto, observando-se a proporcionalidade entre a dimensão da afetação do bem jurídico e a quantidade de pena a ser aplicada. No caso de condutas insignificantes, onde não se verifique efetiva afetação do bem jurídico, a sanção deve ser, portanto, afastada.

O objetivo do princípio da igualdade ou isonomia, no que se refere à seara penal, é justamente distinguir situações concretas que, embora recebam o mesmo tratamento legal, não são efetivamente idênticas. E é exatamente nesse ponto que o aludido princípio atua como um dos fundamentos do princípio da insignificância, pois é plenamente possível que, ainda que aplicada em seu grau mínimo, a sanção criminal no caso concreto revele-se excessiva diante da insignificância do fato, manifestada pela ausência de lesão ao bem jurídico e da irrisória relevância social da conduta.⁵⁸

Outro fundamento do princípio da insignificância é o princípio da ofensividade ou lesividade. Esse princípio tem relação com o princípio da legalidade, segundo o qual, de maneira simplificada, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁵⁹. Muito embora o princípio da legalidade seja essencial ao estado democrático de direito, a fim de garantir previsibilidade e segurança aos cidadãos, o direito penal atual, norteador pelos direitos fundamentais e pelos princípios constitucionais, visando a proteção de bens jurídicos, não mais se restringe ao aspecto meramente formal do tipo penal.⁶⁰

A simples realização do modelo abstrato previsto em lei, ou seja, sua subsunção formal, não representa automaticamente um injusto penal, sendo necessária a presença também da efetiva lesão ao bem jurídico. Trata-se, portanto, de um princípio que garante a impossibilidade de construção do ilícito penal, exceto quando se tratar de conduta ofensiva, lesiva, ou simplesmente perigosa, ao bem jurídico tutelado. Por isso, impõe tanto ao legislador quanto ao juiz que só sejam incriminados aqueles fatos que lesionem ou ameacem de lesão bens jurídicos alheios.⁶¹

Nesse sentido, Prestes ensina que as condutas descritas no tipo penal devem estar marcadas pela ofensividade a interesses de relevância primária para a sociedade, razão pela qual a infração penal não mais pode ser interpretada como “a simples realização da figura típica

⁵⁸ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 45.

⁵⁹ BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, XXXIX.

⁶⁰ PRESTES, Cássio Vinícius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p.53.

⁶¹ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

descrita na lei penal à qual se aplica uma sanção, sem que haja qualquer menção de que a conduta lesiona um interesse juridicamente tutelado.”⁶² Portanto, a intervenção penal não se justifica se não houver um relevante grau de conflito causado pela afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo.⁶³

Desse modo, verifica-se que o conceito de bem jurídico é essencial para a elaboração do princípio da ofensividade ou lesividade, muito embora seja comum que haja confusão entre a ideia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo e bem jurídico tutelado, equiparando-se duas noções completamente distintas, uma vez que, para Zaffaroni, não há nenhuma prova de que a lei penal tutele efetivamente um bem jurídico. O que se pode verificar, em verdade, é que a lei penal confisca um conflito que cause lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico⁶⁴.

Essa distinção se mostra extremamente relevante, pois a ideia de que a lei penal tutela ou protege o bem jurídico neutraliza a capacidade que o bem jurídico lesionado ou exposto a perigo tem de limitar o poder punitivo. A concepção de que a lei penal tutela um bem jurídico, por seu turno, tende a espiritualizá-lo para desembocar em um único bem tutelado, que é a vontade do estado de polícia, porquanto este acaba sendo o juiz da urgência e vigor da tutela ilusória.⁶⁵ Portanto, a noção de que o direito penal promove a tutela de bens jurídicos é falsa, servindo essa noção tão somente para conferir ao direito penal uma função legitimante e atribuir à lei penal uma função constitutiva, que mascara sua função puramente sancionadora.⁶⁶

Em oposição ao conceito legitimante do bem jurídico, o conceito limitativo reivindica apenas a afetação de bens jurídicos nas condutas criminalizadas pela lei penal, sem, contudo, conferir-lhe nenhuma capacidade de tutela. Desse modo, faz-se referência ao bem jurídico afetado pela conduta criminalizada, ou em outras palavras ao bem jurídico afetado pela lesão ou exposição a perigo, não ao tutelado pela lei penal. O conceito limitativo de bem jurídico, portanto, se revela de extrema importância para a dogmática moderna, em virtude da função restritiva do poder punitivo⁶⁷.

⁶² PRESTES, Cássio Vinícius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p.53.

⁶³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo I. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 226.

⁶⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo I. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 227.

⁶⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo I. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 227.

⁶⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 63-64.

⁶⁷ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 64.

Para Tavares, bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, podendo ser entendido como um dado da pessoa, que se incorpora à norma como um valor, e constitui o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Sendo um valor, o bem jurídico condiciona a validade da norma, enquanto subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo. Assim, são pressupostos indeclináveis do injusto penal a existência de um bem jurídico e a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo⁶⁸. Nas palavras de Eisele, esse requisito de afetação do bem jurídico (ofensa mediante lesão ou exposição a perigo) configura o conteúdo do princípio da lesividade e representa um critério político orientador da intervenção penal.⁶⁹

Logo, evidencia-se a necessidade de imposição do princípio da lesividade no âmbito jurisdicional, a fim de que o juiz verifique, além da constitucionalidade do tipo penal editado pelo legislador, a sua descriminalização, no caso concreto, quando a tipicidade formal não estiver somada a uma concreta ofensa ao bem jurídico. Segundo Lima, o critério norteador interpretativo da insignificância, fundamental, por vezes, para aferição da tipicidade material, é corolário do princípio da ofensividade⁷⁰. O autor ainda preconiza que, com base no caso concreto, ou mesmo de um caso abstrato, mas sempre com referência a um caso, é possível aferir se a ofensa ao bem jurídico foi, efetivamente, significativa ou irrelevante, através da observação da realidade fática ou dos elementos disponíveis da hipótese.⁷¹ Por conseguinte, o princípio da lesividade, como uma das pedras angulares do direito penal, pretende a contenção e racionalização do poder punitivo, ao exigir a vinculação da incriminação de qualquer conduta à comprovação de sua ofensividade, ou seja, à constatação de lesão ou exposição a perigo de lesão do bem jurídico.⁷²

Além dos princípios fundamentadores já mencionados acima, o princípio da insignificância também encontra fundamento nos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade. Em um estado democrático de direito, o direito penal deve ser aplicado como último instrumento de regulação social. Tobias Barreto defende que o conceito de pena é político e não um conceito jurídico, afirmando ainda que o fundamento

⁶⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 213.

⁶⁹ EISELE, Andreas. **Direito Penal: Teoria do Delito**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 67.

⁷⁰ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

⁷¹ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57-58.

⁷² PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 49.

jurídico da pena é o mesmo fundamento da guerra⁷³, para ilustrar o quanto a intervenção estatal no âmbito penal representa uma medida extrema e sem racionalidade. Assis Toledo afirma que o “Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.”⁷⁴ E continua, sustentando que a gradação qualitativa e quantitativa do injusto permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado, caso seja necessário, como ilícito em outros ramos do Direito.⁷⁵

Como é sabido, o direito penal deve ser concebido como *ultima ratio*, ou seja, deve ser aplicado apenas quando as demais searas jurídicas não forem capazes de solucionar o problema. Assim, a tutela do direito penal deve voltar-se aos crimes que apresentem efetiva lesividade social, com base nos valores primados no estado democrático de direito, cujo fundamento é conferido pela Constituição. Para Rogério Greco, antes mesmo de criar os tipos penais incriminadores, deve o legislador ultrapassar as barreiras impostas pelos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social. Logo, somente devem ser objeto de proteção do direito penal os bens jurídicos mais importantes, que sofrerem os ataques mais lesivos e inadequados socialmente.⁷⁶

Nessa senda, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que a intervenção mínima é uma tendência político-criminal contemporânea, que visa a redução da sanção punitiva nos conflitos sociais, em atenção ao efeito contraproducente da ingerência penal do Estado, que, ao invés de resolver os conflitos, acaba por agravá-los.⁷⁷ A intervenção mínima integra, portanto, enquanto princípio imanente, a política criminal e se coaduna com os demais princípios jurídico-penais e os preceitos políticos do estado democrático de direito.⁷⁸

Batista observa que o princípio da intervenção mínima tem íntima relação com as características da fragmentariedade e subsidiariedade, ínsitas ao direito penal.⁷⁹ A fragmentariedade pode ser entendida como a reserva de matérias a serem tuteladas pelo direito penal, enquanto que a subsidiariedade informa que a este ramo do direito deve ser usado apenas

⁷³ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 177-178.

⁷⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5º ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p.133.

⁷⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5º ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p.134.

⁷⁶ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.84.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral**. 7.ed. São Paulo: RT, 2008. p.311.

⁷⁸ LUISI, Luiz. Um discurso sedicioso: a minimização do Direito Penal. In: **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. vol. 1, n. 2, p.35-43. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 35.

⁷⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

diante da insuficiência dos demais. O caráter fragmentário, portanto, segundo o qual o direito penal não deve punir todas as condutas lesivas dos bens que pretende proteger, mas tão somente aquelas modalidades de ataque que causem as lesões mais graves, surge dessa limitação do direito penal ao estritamente necessário.⁸⁰

Da leitura de Ferrajoli, infere-se que o direito penal mínimo e o direito penal máximo representam dois sistemas de controle em extremos opostos. O primeiro se refere ao estado democrático de direito em que o Poder Público, e em especial o poder penal estão adstritos à lei no aspecto substancial e ao plano processual, ou seja, devem observar conteúdos relevantes e formas processuais vinculantes. Enquanto o segundo, por sua vez, corresponde a sistemas de controle penal carentes de limites e condições, próprios do Estado absolutista ou totalitário.⁸¹ Nesse ponto, podemos observar a relevante função do princípio da insignificância na contenção do poder punitivo estatal, ao afastar da intervenção penal aquelas condutas que não afetem significativamente o bem jurídico.

Embora não previsto expressamente no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima tem de ser observado em um estado democrático de direito, notadamente no plano concreto, de aplicação da norma penal. Nesse sentido, a interpretação dos próprios tipos penais e a dosimetria das respectivas penas por parte dos juízes devem ser influenciadas pelos valores constitucionais que justificam uma intervenção mínima do direito penal como política criminal.⁸² Desse modo, a aplicação do princípio da intervenção mínima gera um limite no processo interpretativo da legislação criminalizadora, uma vez que o sentido completo dos enunciados somente é construído quando o intérprete afirma os significados referentes a um caso concreto.

Assim, o que foi extraído pelo juiz dos enunciados normativos ou preceitos, para aplicação no caso concreto, deve, necessariamente, “conter afirmações relativas à dignidade constitucional do bem jurídico, a intolerável forma de ofensa e ao fato de enxergar a resposta penal como a última possibilidade do ordenamento jurídico.”⁸³ Por óbvio, não havendo forma de ofensa ao bem jurídico que justifique a intervenção do direito penal na liberdade do cidadão,

⁸⁰ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2006, p. 118.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi; PIERANGELI, **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 101-102.

⁸² LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 11. E continua o autor afirmando que “este ideário se manifesta, também, no princípio da ofensividade, de acordo com o qual deverá haver sanções penais apenas em relação a atos que, efetivamente, lesem bens individuais ou sociais e que não merecem ser qualificados como insignificantes.” (p. 12).

⁸³ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

deve ser reconhecida a insignificância da conduta e, conseqüentemente, afastada a incidência do direito penal, um vez que a aplicação de uma pena em casos de lesões insignificantes se revelaria desproporcional e desarrazoada.

Sendo assim, nos casos em que ocorra aplicação da lei penal às hipóteses de condutas insignificantes, haverá violação do princípio da proporcionalidade, o que, no entendimento de Zaffaroni e Batista, significa a expressão máxima da irracionalidade do poder punitivo, pois, nesses casos, é grosseira a desproporção entre a afetação dos bens jurídicos do agente e a lesão que ele causou.⁸⁴ Desse modo, importante ressaltar que a intervenção penal somente se mostra legítima quando observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, princípios que também são fundamentadores do princípio da insignificância.

A legitimidade e o fundamento do princípio da proporcionalidade consistem na ideia de que as penas devem ser harmônicas e coesas com a gravidade do delito praticado, dada a proibição do excesso e sendo vedada também a liberalidade excessiva na determinação das penas nos tipos penais incriminadores.⁸⁵ Ivan Luiz da Silva, nesse contexto, preconiza que, num estado democrático de direito, o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, é chamado de princípio da proibição de excesso, o qual tem como fim proibir intervenções desnecessárias, excessivas e, conseqüentemente, desproporcionais. Dessa forma, afirma o autor que não há justificativa adequada para que uma lei opressiva incida sobre os direitos fundamentais de forma desproporcional ao grau de lesão e relevância do bem jurídico afetado.⁸⁶

Portanto, pode-se dizer que o princípio da insignificância tem relação estrita com o princípio da proporcionalidade, visto que materializa este último, ao excluir as condutas penalmente insignificantes do campo de incidência do direito penal, impedindo eventual desproporcionalidade entre a conduta lesiva do agente e a reprimenda estatal de cunho penal.⁸⁷ No mesmo sentido, vale expor o entendimento consubstanciado por Odone Sanguiné:

O fundamento do princípio da insignificância está na ideia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação ao bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão

⁸⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo I. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 231.

⁸⁵ PRESTES, Cássio Vinícius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p.54.

⁸⁶ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 134.

⁸⁷ ROTH, João Ronaldo. O Princípio da Insignificância e o Direito Penal Militar. Disponível em: [http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/principioinsignificancia\(1\).pdf](http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/principioinsignificancia(1).pdf). Acesso em: 03/04/2021.

para o *pathos* ético da pena. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.⁸⁸

O princípio da proporcionalidade é um importante instrumento na manutenção da ordem estabelecida pela Constituição da República de 1988, visto que protege os direitos fundamentais individuais contra o arbítrio estatal, estabelecendo-se na necessária conexão entre as finalidades do direito penal com a conduta delitiva, “não se admitindo a fixação de prescrições penais (proporcionalidade abstrata) ou a aplicação de penas (proporcionalidade concreta)” sem a devida valoração do fato, considerado em todos os seus aspectos.⁸⁹ Portanto, a gravidade e a quantidade das penas devem, substancialmente, estar relacionadas à gravidade da afetação do bem jurídico, bem como no grau de intolerabilidade social.⁹⁰

O conteúdo do princípio da proporcionalidade pressupõe os requisitos da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. De maneira resumida, a idoneidade está relacionada com a utilidade da pena à prevenção de delitos, determinando previamente quais os interesses a serem protegidos.⁹¹ Já o segundo requisito, o da necessidade, exige que a intervenção penal aconteça da forma mais eficaz e menos agressiva possível, de modo a se evitar restrições desnecessárias da liberdade do indivíduo. Nota-se aqui, uma estrita relação com o princípio da intervenção mínima e seus postulados: subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal. Por fim, no que tange à proporcionalidade em sentido estrito, deve-se observar se os meios da atuação estatal, que devem ser idôneos e necessários, têm relação razoável com o fim perseguido, ou seja, se a restrição de direitos, como consequência da intervenção penal por meio da pena, guarda relação com a finalidade da incriminação.

Nesse passo, tendo em vista que a intervenção penal afeta direitos fundamentais, para que se revele concretamente proporcional, deve ela também ser dirigida a evitar lesões de direitos ou interesses igualmente fundamentais para a vida social. Ademais, esses direitos ou interesses devem ser, além de merecedores de tutela penal em abstrato, afetados com suficiente intensidade.⁹² Por outro lado, aceitar o critério da proporcionalidade como autônomo ou prevalente no direito penal levaria à adoção de um raciocínio utilitarista perverso, na medida

⁸⁸ SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. In: **Fascículos de ciências penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, vol. 3, n. 1, p. 36-50, jan./mar., 1990, p.47.

⁸⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 260.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi; PIERANGELI, **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 320.

⁹¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 194.

⁹² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 195.

em que uma lesão grave a um bem jurídico relevante como a vida, por exemplo, poderia requerer uma resposta estatal a altura.

A legitimidade da resposta punitiva estatal não pode ficar adstrita ao juízo de proporcionalidade entre o ilícito e a consequência jurídica dele decorrente, pois o direito penal justifica-se apenas na medida em que sua aplicação seja indispensável, após verificação da possibilidade de tutela por outros meios de controle social e apenas em casos substancialmente graves.⁹³ Não havendo, portanto, afetação do bem jurídico, a intervenção penal se torna desproporcional e, conseqüentemente, ilegítima. É justamente nesse ponto que a proporcionalidade se mostra como fundamento do princípio da insignificância, pois esta serve como limite para intervenção penal quando se verificar, no caso concreto, que a lesão ao bem jurídico foi insignificante.

Diante dos fundamentos do princípio da insignificância, conforme assinalado pela doutrina, observa-se que ele se encontra em conformidade com o modelo político-criminal do estado democrático de direito, haja vista que se fundamenta em princípios constitucionais garantidores das liberdades individuais frente ao poder punitivo estatal, que atuam na limitação deste. Forte nesses argumentos, entendemos que a formulação do princípio da insignificância deve partir do paradigma da teoria negativa da pena, formulado por Zaffaroni. Considerando que o conceito de pena é político, essa teoria visa limitar e reduzir o poder punitivo até o limite do poder das agências jurídicas, ou seja, como o direito penal não tem a tarefa de legitimação de toda a criminalização, cabe-lhe legitimar apenas a única coisa que pode programar, que são as decisões das agências jurídicas. O compromisso dessa teoria, portanto, não é o de legitimar o poder punitivo ou a pena, mas o de conferir segurança jurídica às decisões judiciais e limitar o poder punitivo irracional.⁹⁴

Como assinalam Zaffaroni e Batista, a aplicação do princípio da insignificância, com a descriminalização de condutas insignificantes, não é somente uma manifestação da *ultima ratio*, mas uma expressão do “princípio republicano, do qual dimana o princípio da proporcionalidade como requisito de correspondência racional entre a lesão ao bem jurídico e a pena”.⁹⁵ A sua aplicação, desse modo, não deve ser vista como meio para atingir outros fins político-criminais,

⁹³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 200-201.

⁹⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo I. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 108-110.

⁹⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo II. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 229.

como o combate da criminalidade ou desafogamento do judiciário, mas sim como um fim em si mesmo, como decorrência lógica da racionalidade exigida de toda decisão judicial em um estado democrático de direito.⁹⁶

A seguir, analisaremos a natureza jurídica do princípio da insignificância e quais as consequências de sua aplicação.

2.3 Princípio da insignificância como auxiliar interpretativo para redução da tipicidade

A associação de que a ideia de insignificância se trata de um princípio remonta a Roxin, no momento em que ele propõe uma regra para solução dos casos de lesões irrelevantes ao bem jurídico, denominando-a de princípio da insignificância.⁹⁷ Na doutrina alemã, entretanto, em especial entre os autores que se dedicaram ao tema, a expressão que prevaleceu foi a de delitos de bagatela. Já no Brasil, ambas as expressões são usadas como sinônimas, muito embora prefira-se a primeira designação.⁹⁸ Feitas essas considerações, conquanto Claus Roxin tenha utilizado a expressão princípio da insignificância⁹⁹, o que se extrai de sua ideia é a de que realmente a insignificância deve assumir o “papel de ferramenta interpretativa de redução da tipicidade, de tal sorte a excluir a relevância penal de danos de escassa importância.”¹⁰⁰

A palavra princípio, no mundo jurídico, é detentora de uma acepção técnica muito específica e não raras vezes é utilizada de forma atécnica.¹⁰¹ Na definição de Celso Antônio Bandeira de Melo, princípio jurídico é um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele”.¹⁰² Importa-nos, portanto, analisar se o chamado princípio da insignificância realmente possui ou não as características de um princípio, de um mandamento nuclear, semelhantemente àqueles que lhe dão fundamento. Inicialmente, já podemos constatar que, se o princípio da insignificância encontra fundamento de validade em outros princípios já

⁹⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 90.

⁹⁷ Veremos na seção 4 que Roxin propôs a solução para um grupo específico de crimes, diferentemente da formulação pela doutrina brasileira.

⁹⁸ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 101. Concordamos com a adoção da expressão princípio da insignificância, ao invés de delitos de bagatela, pois, como a consequência da aplicação é a exclusão do crime (delito), seria inapropriado chamar de delito de bagatela.

⁹⁹ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 47.

¹⁰⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 211.

¹⁰¹ Barroso exemplifica que isso ocorre nas referências a princípio do concurso público e da licitação. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 207).

¹⁰² MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 450.

consagrados no direito penal, parece-nos que, somente por esse motivo, não pode ser elevado a esta categoria de princípio geral.

Enquadrando a insignificância como um vetor interpretativo e não como princípio, Pinto assevera que o paradigma da insignificância é apenas uma regra ou um conjunto de regras que regula um grupo muito específico de hipóteses em que não haja significativa lesão ao bem jurídico decorrente da conduta analisada. Afirmar ainda que não se pode atribuir à insignificância uma “significação política relevante ou função social exacerbada” que justifiquem sua elevação ao patamar de princípio.¹⁰³

Para o autor, a insignificância atua na dogmática penal como um mecanismo de interpretação restritiva dos tipos e serve para conferir racionalidade e corrigir a excessiva extensão do processo de criminalização secundária (aplicação da norma penal no caso concreto). Essa interpretação restritiva significa exigir uma afetação relevante do bem jurídico para a caracterização do tipo penal, sem a qual este restaria excluído do campo da incidência pela falta de lesividade mínima.¹⁰⁴ Como afirma Lima, a insignificância deve ser qualificada como “um subprincípio, uma ferramenta interpretativa derivada dos influxos do princípio constitucional da ofensividade”¹⁰⁵, “um critério de descriminalização dogmática, porquanto assenta-se, em muitos casos, como condição da tipicidade”¹⁰⁶. No mesmo sentido, Mañas disciplina que

É nesse contexto que deve ser entendido o princípio da insignificância. É ele um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.¹⁰⁷

Diante de tais argumentos, parece-nos mais acertado que o princípio da insignificância deve ser entendido como um auxiliar de interpretação, uma vez que demarca até onde é necessário ir o direito penal para proteção do bem jurídico. De fato, a insignificância pode ser considerada como um postulado que “interpreta restritivamente o tipo penal, aferindo qualitativa e quantitativamente o grau de lesividade da conduta, para excluir da incidência penal

¹⁰³ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 105-106.

¹⁰⁴ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 106.

¹⁰⁵ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. Editora Saraiva. 2012. p. 57.

¹⁰⁶ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. Editora Saraiva. 2012. p. 97.

¹⁰⁷ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 58.

os fatos de poder ofensivo insignificante aos bens jurídicos penalmente protegidos”.¹⁰⁸ Assim, apesar de toda importância política e jurídica do princípio da insignificância, como mecanismo de contenção do poder punitivo, ao afastar do tipo penal os danos de pouca ou nenhuma importância¹⁰⁹, não nos parece ser a melhor opção dogmática a elevação desse postulado ao alcance de um autêntico princípio jurídico.

Resta-nos, agora, analisar quais as consequências jurídicas da aplicação do princípio da insignificância como um auxiliar de interpretação. Inicialmente, como forma de aplicação do princípio da insignificância, há quem defenda que ele deva ser tomado como uma “categoria estritamente processual”.¹¹⁰ Embora o objeto de nosso estudo seja a relação entre o princípio da insignificância e a teoria do delito, algumas considerações se impõem para demonstrarmos que, necessariamente, o princípio da insignificância deve ser tratado como uma questão de direito material.

De acordo com a concepção processual, a questão sobre a irrelevância penal de uma conduta, em virtude de ausência de lesão ao bem jurídico, não seria algo formulado por meio de critérios materiais dentro da teoria do delito, mas sim uma ideia que se refere ao chamado princípio da oportunidade, que orienta o órgão acusatório a avaliar, com certa discricionariedade, quais seriam as vantagens ou desvantagens de se processar alguém por aquela conduta. Essa, inclusive, é a saída encontrada por alguns ordenamentos jurídicos, inclusive, é a alternativa utilizada pelo direito alemão para tratar da questão.¹¹¹

Por outro lado, essa forma de operacionalização encontraria barreiras se tentássemos incorporá-la à realidade brasileira. Tendo em vista que o processo penal brasileiro é regido pelo princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública¹¹², sempre que houver um fato, ao menos formalmente típico, ele não pode deixar de ser levado à apreciação do Poder Judiciário, mediante o respectivo processo de conhecimento¹¹³, sendo as exceções a essa regra restritas aos casos onde esteja clara a inexistência de um injusto penal (conduta típica e antijurídica) ou de indícios suficientes de autoria ou ainda quando estiver presente alguma causa

¹⁰⁸ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011. p. 101.

¹⁰⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 86.

¹¹⁰ ARMENTA DEU, Teresa. **Principio Acusatorio y Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1995, p. 48-49.

¹¹¹ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 211-212.

¹¹² Essa regra é extraída pela doutrina processual a partir do art. 42 do Código de Processo Penal, segundo o qual “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal”.

¹¹³ GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabá. **Dogmática penal e poder punitivo – novos rumos e definições**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 71.

de extinção da punibilidade. Ao que parece, não é tarefa fácil conceber a operacionalização do princípio da insignificância como uma categoria processual.¹¹⁴

De fato, as discussões da doutrina brasileira acerca do princípio da insignificância encontram terreno fértil no âmbito de direito penal material, mais precisamente na teoria do delito, como forma de exclusão da tipicidade, da antijuridicidade ou culpabilidade. A aplicação do princípio da insignificância, portanto, como critério interpretativo utilizado na teoria do delito, deve reformular o alcance e o significado de cada categoria, de modo a garantir sistematicidade e maior segurança jurídica, características ínsitas do pensamento sistemático, sem que sejam deixadas de lado as pretensões de justiça material no caso concreto.¹¹⁵

A primeira corrente que vamos analisar acerca da relação entre o princípio da insignificância e teoria do delito situa aquele no campo da culpabilidade e o considera como uma eximente de pena. Nesse perspectiva, Abel Cornejo considera que o princípio da insignificância como excludente de culpabilidade é a posição mais plausível, pois se sustenta como um limite à ingerência do Estado, além de representar uma justificação ética à aplicação da pena. Assim, o juiz, diante do caso concreto, deverá determinar se encontra-se diante de uma conduta penalmente relevante, que se reveste de gravidade suficiente para aplicação da pena, ou não.¹¹⁶ Para essa posição, portanto, o fundamento da aplicação do princípio da insignificância não seria a ausência de lesão ao bem jurídico, mas a desnecessidade de pena.

Essa posição se assemelha ao chamado princípio da irrelevância penal do fato, que não se confunde com o princípio da insignificância. De acordo com Luiz Flávio Gomes, “o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto)” e acrescenta que “está contemplado (expressamente) no art. 59 do CP”.¹¹⁷ Nesse cenário, o reconhecimento da insignificância para deixar de aplicar uma pena adquiriria a natureza de uma cláusula extralegal de perdão judicial, já que a conduta seria considerada típica e antijurídica.¹¹⁸

Em que pese essa concepção apresentar a vantagem de se considerar a necessidade concreta de pena para o caso analisado, havendo destaque para o fato de que nem tudo que está

¹¹⁴ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 213.

¹¹⁵ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 213.

¹¹⁶ CORNEJO, Abel. **Teoria de la insignificancia**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997, p. 70.

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 36, 104.

¹¹⁸ GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabá. **Dogmática penal e poder punitivo** – novos rumos e definições. Curitiba: Juruá, 2001, p. 72.

previsto como conduta típica em um tipo penal deve, necessariamente, ser submetido à sanção criminal¹¹⁹, cabe frisar que esse posicionamento confere à pena uma função positiva que é completamente ilusória, ao tempo em que concede ao princípio da insignificância um papel legitimante, incompatível com a redução da irracionalidade do poder punitivo e com uma teoria negativa da pena. Além disso, o juízo de desnecessidade da pena, que consiste em uma valoração subjetiva do julgador, concentraria a avaliação na situação pessoal de cada agente, havendo o risco de abertura da dogmática para um direito penal do autor.¹²⁰

Desse modo, parece-nos que restringir o reconhecimento da insignificância apenas à análise da situação pessoal do autor de um crime, desvirtua o objetivo do princípio da insignificância, que visa limitar a intervenção penal nos casos de lesão insignificante ao bem jurídico. Assim, acreditamos que a melhor forma de análise do princípio da insignificância seja análise objetiva do caso concreto, em atenção ao direito penal do fato, segundo o qual a gravidade da infração deve ser buscada na própria conduta e não no autor ou em fatos pregressos.¹²¹ Isso porque, nem toda ação é penalmente insignificante somente em virtude da característica subjetiva do autor do fato. Há uma série de situações que são objetivamente insignificantes, como, por exemplo, no furto de um palito de fósforo.

Portanto, considerar o princípio da insignificância como causa de exclusão da culpabilidade ou de dispensa de pena, ao invés de se analisar objetivamente o caso, a fim de se verificar a gravidade da infração na conduta, resultaria no reconhecimento de que uma conduta que lesionasse o bem jurídico de forma insignificante seria típica e antijurídica, “completamente impermeável aos dados da realidade”.¹²² Essa visão completamente alheia à realidade é uma visão excessivamente formalista do tipo e da antijuridicidade. Por essas razões, acreditamos ser mais adequada a formulação do princípio da insignificância que afete o próprio fato como crime, ao invés de se concebê-lo como necessidade concreta de punição desse fato. Partindo dessa premissa, avaliaremos se a insignificância deve ser considerada causa excludente da tipicidade ou da antijuridicidade.

¹¹⁹ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 214.

¹²⁰ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 127.

¹²¹ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 215.

¹²² PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 127.

Na linha de que o princípio da insignificância deve ser entendido como excludente de antijuridicidade (juízo que serve para determinar se o fato típico se encontra ou não justificado pelo direito), Guzmán Dalbora defende que o princípio da lesividade somente exclui a tipicidade das condutas que não apresentem qualquer afetação do bem jurídico, por menor que seja. Nessa lógica, qualquer lesão ao objeto de proteção da norma penal preenche o conteúdo do princípio da lesividade.¹²³ Assim, a menos que se viole a natureza descritiva do tipo penal, preenchendo seu conteúdo com valorações desnecessárias, a resposta para que uma lesão seja considerada insignificante está na teoria da antijuridicidade.¹²⁴ Para o autor, o princípio da insignificância extrai-se da relação de contradição entre o ato típico e o direito.¹²⁵

Como já mencionado, a lesividade é um dos principais princípios fundadores da insignificância. O grau de afetação do bem jurídico, portanto, é o principal termômetro da (in)significância de uma conduta e é uma análise a ser feita na tipicidade, não na antijuridicidade. Os que defendem que o princípio da insignificância é um elemento da antijuridicidade, o fazem com base no conceito de antijuridicidade material, teoria que vincula o reconhecimento do ilícito penal à violação do preceito contido no tipo penal e à danosidade social da ação.¹²⁶

Essa formulação também carrega a vantagem de respeitar o direito penal do fato, ao se verificar a lesividade objetiva da ação, contudo, revela-se perigosa, uma vez que o conceito de danosidade social é genérico e vincula a análise da ocorrência do injusto a um critério sociologicamente indeterminado, que por essa mesma razão, pode ser facilmente manipulado. Além disso, esse conceito de antijuridicidade material viola o princípio da reserva legal, ao considerar que existem causas de justificação não previstas em lei, quando na verdade toda causa de justificação deve ter previsão legal¹²⁷. Com esse raciocínio, de que pode existir causa de justificação supralegal, é defensável também a tese de que existe injusto supralegal, nos

¹²³ DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, ano 4, n. 14, p. 76.

¹²⁴ DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, ano 4, n. 14, p. 69.

¹²⁵ DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, ano 4, n. 14, p. 77.

¹²⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 121.

¹²⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 220.

casos em que a antijuridicidade material abrange o que não é formalmente antijurídico.¹²⁸ Essa concepção, portanto, desvirtua toda a lógica do sistema penal, que tem como um dos princípios fundantes o princípio da legalidade.

Outro problema de se considerar a insignificância como causa de justificação é o de que, ainda que houvesse a positivação da insignificância como causa legal de justificação, a fim de se respeitar o princípio da legalidade, “correríamos o risco de limitar, mais uma vez, o âmbito de incidência desse princípio, pois estaríamos condicionando sua aplicação a uma série específica de requisitos presentes em cada uma das previsões de causas de justificação”.¹²⁹ Se assim o fosse, seria excessivamente restrito considerar como insignificante somente aquela conduta que preenchesse cada um dos requisitos da causa de justificação prevista em lei.

Por fim, importante também destacarmos que uma conduta considerada justificada o é para o direito como um todo, não somente para o direito penal, pois o juízo de antijuridicidade valora a conduta de acordo com a totalidade do ordenamento jurídico. Disso decorre que uma ação que não seja antijurídica, ou seja, uma ação justificada, é entendida como correta perante qualquer ramo do direito, o que torna afastada não somente a reprimenda penal, mas também qualquer outro tipo de resposta estatal a essa conduta.¹³⁰ Assim, se considerarmos o princípio da insignificância como causa de justificação, além de termos que submetê-lo a uma série de restrições para sua aplicabilidade legal, ainda correríamos o risco de arcar com consequências jurídicas bastante poderosas, ao excluir as condutas tidas como insignificantes do tratamento cível ou administrativo.¹³¹

Diante dessas considerações, parece-nos que a postura mais acertada para enfrentamento de uma formulação dogmática do princípio da insignificância esteja no âmbito da tipicidade penal. Logo, a aplicação do princípio da insignificância deve tornar a conduta penalmente atípica. Conceber o princípio da insignificância como excludente da tipicidade penal afasta várias das dificuldades já apontadas quando considerada a insignificância como excludente da culpabilidade ou da antijuridicidade. Primeiramente, exclui a possibilidade de avaliar as condições pessoais do agente, tratando a insignificância exclusivamente como qualidade

¹²⁸ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 121-122.

¹²⁹ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 215.

¹³⁰ O artigo 65 do Código de Processo Penal assim dispõe: Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

¹³¹ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 217-218.

própria da conduta que se adequa a um tipo penal, a fim de se verificar se essa conduta afetou significativamente o bem jurídico. Além disso, tratar a insignificância no âmbito da tipicidade evita sua restrição excessiva ao ter que submetê-la aos requisitos das causas justificadoras, bem como assegura a distinção entre uma conduta irrelevante para o direito penal e uma irrelevante para o direito como um todo.¹³²

Superada a formulação do princípio da insignificância como uma ferramenta interpretativa da norma penal em confronto com os preceitos extraídos dos princípios constitucionais, a fim de afastar a relevância penal de uma conduta que não afete significativamente o bem jurídico, por meio de lesão ou exposição a perigo, tornando-a penalmente atípica, passaremos a enfrentar as principais críticas que são direcionadas à sua aplicação. Na seção 3, analisaremos como tem sido operacionalizada a aplicação do princípio da insignificância, como excludente da tipicidade, pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2.4 Críticas objetadas à aplicação do princípio da insignificância

Uma das objeções à conveniência política e jurídica de utilização do princípio da insignificância é o de que sua aplicação possa gerar a sensação de ausência de tutela jurídica quando empregado. Contudo, ao se defender a legitimidade político-criminal deste vetor interpretativo, não se defende que o agente seja absoluta e irrestritamente isento de responsabilidade.¹³³ Em nome do princípio da lesividade, o direito penal deve se reservar às condutas que promovam um efetivo dano aos bens jurídicos protegidos, entretanto, quando o grau de lesão ou ameaça de lesão forem insignificantes, o controle social deve ser feito com base em outras esferas jurídicas, considerando o caráter subsidiário e fragmentário da via penal.¹³⁴

Nesse sentido, Mañas ensina que devem ser utilizados os demais ramos do direito no controle social, quando se tratarem de infrações que não ofendam significativamente o bem jurídico, não havendo que se falar em ausência de direito ou de tutela jurídica tão somente

¹³² LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 218.

¹³³ BERNARDES, Napoleão. **Teoria e prática do princípio da insignificância**: fundamentação teórica e doutrinária, aspectos penais e processuais, jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 100.

¹³⁴ BERNARDES, Napoleão. **Teoria e prática do princípio da insignificância**: fundamentação teórica e doutrinária, aspectos penais e processuais, jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 101.

porque, com a aplicação do princípio da insignificância, se preserva o direito penal para a tutela dos valores sociais relevantes.¹³⁵

Uma outra crítica dirigida à aplicação do princípio da insignificância é a ausência de previsão legal. Para os que assim entendem, o reconhecimento judicial da insignificância representaria uma decisão *contra legem*, ensejando graves prejuízos ao sentimento de segurança jurídica que se espera das decisões judiciais.¹³⁶ Nesse sentido, segundo Luiz Roberto Salles Souza, o princípio da insignificância não poderia, por exemplo, justificar a rejeição da denúncia, por ausência de previsão legal, e afirma que a insignificância contraria também a garantia da cláusula do controle jurisdicional, segundo a qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República.¹³⁷

Todavia, por tudo que já foi demonstrado até aqui, essa é uma crítica insubsistente e olvida que o direito penal deve ser interpretado de acordo com os princípios constitucionais democráticos. A insignificância é imanente ao próprio paradigma estatal do estado democrático de direito e é substancialmente fundamentada a partir da análise sistêmica dos princípios jurídico-penais decorrentes da dignidade humana – a intervenção mínima, a subsidiariedade, a fragmentariedade e a proporcionalidade.¹³⁸ Mañas, no mesmo sentido, afirma que o princípio da insignificância emerge como uma construção dogmático-jurídica materializada em ilações político-criminais.¹³⁹

De acordo com Rafael Fagundes Pinto, a referida objeção decorre de uma confusão entre o saber penal (o direito penal em si) e a legislação penal (seu objeto de estudo), considerando que tal equívoco equipara que o direito penal se resume ao conteúdo da legislação penal¹⁴⁰. Essa confusão entre direito penal (discurso dos juristas) com legislação penal (ato do poder político), conseqüentemente, torna nebulosa a distinção entre direito penal e poder punitivo¹⁴¹. Evidentemente, direito penal e legislação penal não se confundem. Aquele é entendido como o

¹³⁵ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 70.

¹³⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 231.

¹³⁷ SOUZA, Luiz Roberto Salles. O direito alternativo e a rejeição da denúncia nos crimes de bagatela. In: **Revista Justitia**. São Paulo, n. 164, 1993, p. 26.

¹³⁸ BERNARDES, Napoleão. **Teoria e prática do princípio da insignificância: fundamentação teórica e doutrinária, aspectos penais e processuais, jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 102.

¹³⁹ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 67.

¹⁴⁰ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 232.

¹⁴¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo I. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 38.

saber que interpreta a legislação penal para oferecer um sistema orientador de decisões que reduza a irracionalidade do poder punitivo.¹⁴² A legislação penal, por sua vez, é apenas parte de seu objeto, consistindo em sua principal fonte de conhecimento, mas não a única.¹⁴³

Nessa toada, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar assinalam que “o direito penal seria muito pobre se pretendesse negar a importância [...] de todo aporte científico que possa esclarecer o efeito real da norma na prática do sistema penal.”¹⁴⁴ Ignorar essa realidade seria fechar os olhos para a justiça material, de modo que a aplicação do princípio da insignificância, já consagrado doutrinária e jurisprudencialmente, se faz imperiosa para atingir tal desiderato, desde que seja aplicado respeitando-se a sistematicidade e a dogmática jurídico-penal. Logo, inconstitucional e ilegítimo seria se ater à literalidade do texto legal e aplicar a mais severa resposta penal a eventos minimamente ofensivos, contra a proporcionalidade e a razoabilidade, convalidando uma injustiça com base em mera formalidade da lei.¹⁴⁵

Em sentido absolutamente diverso da crítica apontada, a insignificância prescinde de expressa previsão legal. Isto porque, apesar de sua positivação permitir, em tese, uma aplicação mais segura e difundida desse preceito, por outro lado, poderia tornar o conteúdo do princípio da insignificância estático, engessando-o, tornando-o pouco flexível à realidade e ao contexto social, além da estampada dificuldade de um consenso que considerasse toda a complexidade da conduta humana e quantidade de fatos que podem ser considerados insignificantes.¹⁴⁶ Assim, como o princípio da insignificância representa um critério interpretativo de cunho político-criminal, sua positivação acabaria restringindo sua aplicação e, consequentemente, restringindo uma ferramenta de contenção do poder punitivo.

Para Luiz Flávio Gomes, seria ideal se o legislador criasse uma cláusula geral no âmbito do direito penal para definir, com clareza, o que seria uma infração bagatela. Por outro lado, afirma que a ausência dessa cláusula não pode ser um impeditivo para o imediato reconhecimento do princípio da insignificância, além disso, sustenta que caso venha a acontecer, essa cláusula não poderá servir de barreira para a implantação de um política geral e

¹⁴² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo I. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 40.

¹⁴³ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 233.

¹⁴⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo I. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 187.

¹⁴⁵ BERNARDES, Napoleão. **Teoria e prática do princípio da insignificância**: fundamentação teórica e doutrinária, aspectos penais e processuais, jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 103.

¹⁴⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 237.

ampla de descriminalização.¹⁴⁷ Ao nosso ver, como sustentamos que o princípio da insignificância é uma ferramenta interpretativa que encontra fundamento nos princípios constitucionais, seria desnecessária positividade, uma vez que não é necessária a positividade dos princípios implícitos na Constituição para que tenham força normativa. Desse modo, não há impedimento para a utilização do princípio da insignificância, ainda que não seja previsto legalmente.

Crítica-se também a aplicação do princípio da insignificância com o argumento de que sua (suposta) imprecisão conceitual e teórica reforça a insegurança jurídica e fomenta o arbítrio das decisões judiciais.¹⁴⁸ Para Cerezo Mir, a insignificância seria incompatível com as exigências de segurança jurídica por restar relegada à doutrina e jurisprudência a delimitação dos casos insignificantes, de modo que esse limite seria sempre discutível.¹⁴⁹ Entretanto, o apontamento de que a aplicação do princípio da insignificância gera a sensação de insegurança jurídica é descabido, uma vez que sua aplicação é medida excepcional, a fim de afastar a tipicidade do fato, quando ocorre a prática de um ato de diminuta lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, sem, com isso, afastar a sua ilicitude, devendo o agente ser responsabilizado por meio de outro ramo do direito.¹⁵⁰

Desse modo, devemos frisar que o risco de imprecisão teórica ou conceitual da insignificância deve ser combatido por meio da supressão da indeterminação teórica que circunda essa categoria, não com a desconsideração completa do conceito. Ademais, pode-se combater esse risco de imprecisão com a adoção de critérios¹⁵¹ objetivos para aplicação em hipóteses concretas, não se justificando seu abandono como ferramenta para resolução jurídica dos casos de irrelevante afetação do bem jurídico, de maneira que seria teratológico deixar de aplicar a insignificância a esses casos simplesmente pela existência de dúvidas acerca da insignificância ou não da conduta praticada.¹⁵²

Na mesma linha, Zaffaroni defende que a aplicação do princípio da insignificância não atenta contra a segurança jurídica e afirma que não pode chamar-se “segurança jurídica” uma

¹⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

¹⁴⁸ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 241.

¹⁴⁹ CEREZO MIR, José. **Derecho Penal: Parte General**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 479.

¹⁵⁰ BERNARDES, Napoleão. **Teoria e prática do princípio da insignificância: fundamentação teórica e doutrinária, aspectos penais e processuais, jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 106.

¹⁵¹ Sobre a proposta de critérios, ver PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 169-181.

¹⁵² PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 242.

aplicação mecânica e exegética da lei penal¹⁵³. Para o autor, a negação da aplicação do princípio da insignificância somente pode ser feita por quem defenda uma aplicação mecânica e exegética da lei penal, que seria irracional e não republicana, em virtude de se renunciar a pergunta do “para que” (sentido) a norma penal e o ordenamento jurídico, a ponto de minimizar a função do bem jurídico e aproximar-se, perigosamente, do conceito de delito como pura lesão a um dever. Nesse sentido, o autor afirma que deixar de aplicar o princípio da insignificância em nome da segurança jurídica, sem interpretação do caso concreto, seria uma falácia, porque, na verdade, serviria tão somente para realizar de forma incondicional uma vontade irracional do Estado, e a esta estaria voltada a tutela penal.¹⁵⁴

A seguir, tendo sido apreciados os fundamentos doutrinários e principiológicos do princípio da insignificância e superadas as críticas à sua utilização, considerando que se trata de critério de interpretação restritiva da tipicidade, analisaremos como a doutrina e o Supremo Tribunal Federal tem operacionalizado a aplicação do princípio da insignificância para afastar a tipicidade penal de uma conduta que não ofende de forma efetiva o bem jurídico.

¹⁵³ Trad. livre: “no puede llamarse ‘seguridad jurídica’ a una aplicación mecánica y exegética de la ley penal”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 557.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 557.

3 O DESVALOR DO RESULTADO COMO CRITÉRIO PARA AFERIÇÃO DE UMA CONDOTA PENALMENTE INSIGNIFICANTE

Considerando que a aplicação do princípio da insignificância resulta em exclusão da tipicidade da lesão insignificante, cabe agora analisarmos os critérios para operacionalizar essa exclusão. Dentro de uma lógica sistemática, a fim de se evitar casuísmos, são necessários critérios mínimos para que a aplicação do princípio da insignificância observe a dogmática penal e garanta a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões. Sendo assim, analisaremos se os critérios ou vetores estabelecidos pela Suprema Corte no julgamento do *habeas corpus* nº 84.412/SP oferecem uma resposta dogmática e sistematicamente aceitável para aplicação do princípio da insignificância. Por fim, analisaremos como o princípio da insignificância pode ser operacionalizado dentro do sistema penal denominado funcionalismo teleológico.

3.1 Tipicidade penal e o duplo juízo valorativo: desvalor da ação e desvalor do resultado

Não Como veremos a seguir, a doutrina penal brasileira, em sua maior parte, entende que a melhor solução para a lesão insignificante é exclusão da tipicidade, utilizando, para tanto, a concepção de tipicidade material. Neste tópico, veremos quais os critérios utilizados pela doutrina para se reconhecer quando uma conduta pode ser considerada penalmente insignificante ou materialmente atípica.

Aqueles que defendem que a aplicação do princípio da insignificância colide com a segurança jurídica, o fazem com base no argumento de que não há um critério preciso para determinar quando a conduta é penalmente insignificante.¹⁵⁵ Desse modo, é de suma importância a existência de critérios objetivos para se determinar a insignificância de uma conduta, a fim de se conferir maior racionalidade, previsibilidade e sistematicidade na aplicação do instituto. Como assinala Roxin, é papel da dogmática penal interpretar, sistematizar, elaborar e desenvolver as disposições legais e opiniões científicas no direito.¹⁵⁶ Dessa forma, pode-se

¹⁵⁵ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 153.

¹⁵⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, v. 1, 1997, p. 192.

evitar que a conceituação de uma conduta penalmente insignificante dependa do empirismo, do senso pessoal e individual de justiça do julgador.¹⁵⁷

É imprescindível, portanto, dentro desse contexto, que o princípio da insignificância seja desenvolvido respeitando a lógica do sistema jurídico-penal e que sua formulação mantenha a harmonia com as demais categorias penais. Para tanto, necessário que a dogmática penal aponte critérios para sua concretização homogênea por parte do julgador, caso contrário, correríamos o risco de decisões extremamente conflitantes entre si e que contrariam os princípios basilares de nosso próprio direito penal.¹⁵⁸ Para Luiz Flávio Gomes, muito embora não haja dúvidas quanto à admissão do princípio da insignificância pela jurisprudência brasileira, os critérios para sua utilização ainda continuam sendo um tema bastante complicado.¹⁵⁹ Portanto, relevante que analisemos os critérios utilizados pela doutrina e jurisprudência a fim de chegarmos às premissas para uma aplicação do princípio da insignificância que atenda aos fins do direito penal e à sua lógica sistêmica.

Acerca da aplicação do princípio da insignificância pelo Tribunais pátrios, Busato aponta que é imperiosa a análise de como o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado a respeito, pois suas decisões, não raras vezes, têm servido de baliza cega para decisões das instâncias inferiores, sem a devida análise crítica das decisões da Suprema Corte, em uma atividade puramente mecânica de aplicação dos precedentes. Nesse sentido, assinala que a aplicação do princípio da insignificância pelos Tribunais constantemente surpreende pela absoluta ausência de previsibilidade e pela coexistência de decisões completamente distintas para casos semelhantes¹⁶⁰. Isso acaba, por óbvio, desvirtuando a lógica do sistema e gerando insegurança jurídica, o que é preocupante, haja vista se tratar da aplicação do direito penal, que representa a intervenção mais agressiva do Estado na liberdade do cidadão.

O direito penal de um estado democrático de direito, como já vimos, deve ter como objetivo precípuo a contenção do poder punitivo irracional, a partir da proteção subsidiária de bens jurídicos.¹⁶¹ Nessa tarefa de contenção, compete ao direito penal estabelecer parâmetros

¹⁵⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 49.

¹⁵⁸ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 208.

¹⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 77.

¹⁶⁰ BUSATO, Paulo César. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio de intervenção mínima. In: **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, p. 97-117, 2011, p. 104.

¹⁶¹ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 33-35.

que confirmam um mínimo de previsibilidade e segurança às decisões do Poder Judiciário. E essas decisões que aplicam o princípio da insignificância, ainda que tenham o objetivo louvável de reduzir a intervenção penal, devem ser dotadas de fundamentação teórica e rigidez argumentativa, coerentes dogmática e sistematicamente, tanto para garantir a segurança jurídica almejada, quanto para fortalecer o potencial de ressonância do princípio da insignificância no sistema, uma vez que uma decisão bem fundamentada, com a explicitação das razões de decidir demonstrando a integração entre os fins político-criminais e a dogmática jurídico penal, permitiria maior repercussão e maior viabilidade de impactar a dinâmica do sistema como um todo.¹⁶²

Portanto, em que pese a aplicação do princípio da insignificância representar uma abertura do sistema, a fim de se alcançar os fins político-criminais do texto constitucional, não se pode esquecer que essa abertura é relativa, cuja finalidade é corrigir eventuais injustiças que ocorreriam no caso concreto com a aplicação do raciocínio meramente subsuntivo do fato à norma. A proposta de Roxin, como vimos, é que não se perca de vista todas as vantagens e importância de um sistema penal com regras bem elaboradas para aplicação da lei. Nesse sentido, afirma que a dogmática penal torna possível uma aplicação segura direito penal quando assinala limites e define conceitos, os quais subtraem a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação das decisões dos tribunais.¹⁶³

Não se pode negar que, ao longo de todos esses anos que o princípio da insignificância foi inserido na dogmática penal moderna, muitos esforços foram envidados para, não somente assegurar seu reconhecimento, como também para estabelecer seus contornos teóricos, de modo que a insignificância já possui espaço na teoria do delito, o que torna sua completa negação algo bastante improvável. No entanto, apesar da ampla aceitação e utilização, pouco tem sido feito para estabelecer critérios objetivos que permitam a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, vale dizer, parâmetros que permitam determinar se uma conduta é ou não insignificante.¹⁶⁴

A partir das formulações da escola funcionalista, a categoria da tipicidade penal, que sempre foi vista como aquela onde se opera com maior intensidade o raciocínio de subsunção, passou a sofrer profunda reformulação. Essa categoria, desde então, passou a ser tratada sob

¹⁶² LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, 211.

¹⁶³ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito**, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, v. 1, 1997, p. 207.

¹⁶⁴ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 129.

uma ótica normativa, deixando de ser vista simplesmente como responsável por descrever abstratamente os elementos de uma conduta lesiva. Assim, além de dotados dos elementos formais que descrevem uma conduta proibida, os tipos penais passam a ser dotados de conteúdos valorativos. Por isso que se afirma que o juízo de tipicidade impõe, primeiro, a verificação de uma possível subsunção típica da conduta ao modelo descritivo e, em segundo lugar, a comprovação de que esse comportamento que se adequa ao tipo penal também afeta um bem jurídico. Com base nessas premissas que tem se sustentado na doutrina que a tipicidade penal deve ser vista sob dois aspectos cumulativos: o aspecto formal e o material. E é exatamente no espaço criado entre a tipicidade formal e a tipicidade material que a doutrina brasileira tem construído a formulação dominante do princípio da insignificância.¹⁶⁵

A aplicação do princípio da insignificância visa a exclusão da tipicidade quando a conduta, embora se adequa ao tipo penal, não gere lesão significativa ao bem jurídico. Desse modo, foi adotado pela doutrina como causa excludente da tipicidade material, que assenta suas bases na ausência de desvalor normativo do resultado. Segundo Luiz Flávio Gomes, o fato insignificante é formalmente típico, mas não materialmente. Nessa perspectiva, a tipicidade formal (adequação do fato ao tipo penal) já não esgota toda a globalidade da tipicidade penal, que requer também a dimensão material, composta de desvalor da conduta e desvalor do resultado, que é a afetação sensível do bem jurídico.¹⁶⁶ Esse binômio (desvalor da conduta e desvalor do resultado) representa forte tendência da doutrina para reconhecimento da insignificância e afastamento da tipicidade penal.

A tipicidade material, nesse passo, exige um duplo juízo valorativo: o de desvalor da conduta e o de desvalor do resultado jurídico (não somente do resultado naturalístico, já que há crimes, como os formais, que não apresentam resultado naturalístico), este compreendido como lesão ao bem jurídico.¹⁶⁷ Por desvalor da conduta, entende-se a valoração jurídica da desaprovação da atividade humana, a intenção, finalidade do agente, enquanto que o desvalor do resultado se refere à desaprovação do resultado, que consiste na lesão ao bem jurídico provocada por essa atividade. Isso significa que, para que uma conduta seja considerada

¹⁶⁵ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 218-219.

¹⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 73-74.

¹⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 74-75.

delituosa, ou seja, para que se caracterize o injusto penal, a avaliação deve recair tanto no desvalor da ação quanto no desvalor do resultado.¹⁶⁸

Vale dizer que, para Roxin, a avaliação de qualquer conduta como delituosa impõe a valorização tanto do desvalor da ação quanto do desvalor do resultado, para que esteja caracterizada a realização do tipo penal.¹⁶⁹ Isto se apreende também da lição de Zaffaroni, que explica a interdependência entre tal binômio, destacando que o desvalor de ambos é sempre necessário à resposta judicial que aprova a progressão criminalizante, não sendo possível desvalorar o ato sem desvalorar o resultado, assim como não seria possível desvalorar o resultado sem desvalorar o ato.¹⁷⁰ Assim, ainda que ambos sejam requisitos essenciais da estrutura típica do delito, para fins de análise da insignificância, é o desvalor do resultado ou seja, o grau de afetação do bem jurídico, que ganha maior relevância.¹⁷¹

Ivan Luiz da Silva apresenta uma posição diferente. O autor defende que o princípio da insignificância incide sobre os elementos que compõem a estrutura do delito, ou seja, tipicidade e antijuridicidade (não somente sobre a tipicidade, como defendemos). Para o autor, a fim de se reconhecer a conduta penalmente insignificante, deve ser realizada uma avaliação dos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta para se aferir o grau quantitativo-qualitativo de sua lesividade em relação ao bem jurídico. Desse modo, o desvalor da ação e o do resultado integram a estrutura do delito, pois o legislador, no intuito de evitar a realização de ações que causem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, atribui uma valorização negativa à conduta proibida que está descrita no tipo, valorização essa que é representada pelo desvalor da ação e desvalor do resultado, que consistem em ser a descrição das partes caracterizadoras da própria conduta.¹⁷²

Para Silva, uma conduta somente pode ser considerada crime quando atenda ao grau necessário dos índices de desvalor da ação e do resultado exigidos pelo tipo penal. A insignificância concorrente desses índices é que qualifica o fato como irrelevante para o Direito Pena, logo, para que a conduta seja considerada insignificante deve ser identificada a insignificância do desvalor da ação e do desvalor do resultado. Segundo o autor, em que pese a

¹⁶⁸ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 177.

¹⁶⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito**, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, v. 1, 1997, p. 320.

¹⁷⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 252.

¹⁷¹ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 178.

¹⁷² SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 156-157.

insignificância do desvalor da ação e do desvalor do resultado deva ser concorrente, uma delas deve preponderar sobre a outra no caso concreto. Uma pode ser maior que a outra, mas ambas são sempre insignificantes em relação ao bem jurídico atacado. Nessa perspectiva, o autor defende que se a insignificância do desvalor da conduta for mais intensa, é o caso de insignificância absoluta e exclui a tipicidade do fato. Se for o desvalor do resultado o mais intenso, por outro lado, o caso é de insignificância relativa. Nesse caso, o fato é típico, mas sua antijuridicidade é desprovida de significado jurídico-penal, o que permite sua exclusão do âmbito do direito penal.¹⁷³

Esse critério de identificação de relevância penal da conduta adotado por Silva se baseia na circunstância de que o desvalor da ação informa o juízo de tipicidade, enquanto que o desvalor do resultado refere-se ao juízo de antijuridicidade. Embora ambos sejam parte essencial da estrutura típica do delito, é evidente que para a insignificância, o desvalor do resultado é mais importante porque expressa o grau de lesão ao bem jurídico. A insignificância é caracterizada, portanto, pela ausência de lesividade da conduta, uma vez que, não havendo afetação do bem jurídico, inexistente o requisito de alteridade. Por essa razão, o desvalor do resultado se revela o único critério seguro para identificação de uma conduta penalmente relevante.¹⁷⁴

Acerca do desvalor da ação, Guzmán Dalbora destaca que, para que um fato se torne penalmente significativo e justifique a intervenção do direito penal, não basta “a adição de um dolo intensíssimo a uma ofensa nímia”.¹⁷⁵ Para Dalbora, a inclusão do desvalor da ação, como critério necessário para caracterizar uma ação penalmente relevante, resultaria no inconveniente de trazer para a análise da tipicidade objetiva critérios que são inerentes à culpabilidade do agente, além de outros elementos do direito penal do autor. Portanto, defende o autor que o conteúdo do princípio da insignificância deve ser examinado do ponto de vista da lesão ao bem jurídico.¹⁷⁶

Não se olvida aqui da importância do desvalor da ação, esse fundamental para a imputação objetiva e para análise dos elementos subjetivos do tipo penal (como o dolo). Além

¹⁷³ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 158-160.

¹⁷⁴ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, 178.

¹⁷⁵ DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, ano 4, n. 14, p. 78.

¹⁷⁶ DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, ano 4, n. 14, p. 78.

disso, defende Rafael Fagundes Pinto que o desvalor da ação também é importante para verificação da insignificância em algumas situações específicas, como é o caso dos delitos sem resultado ou dos delitos em que a criminalização está mais relacionada com o desvalor da conduta do que com o resultado material da ação. É o que ocorre no caso do delito de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal¹⁷⁷, delito em que o conteúdo do injusto tem mais relação com a ação ou omissão que caracteriza o descumprimento da ordem do que com a consequência (resultado material) da ordem descumprida.¹⁷⁸

Entretanto, por maior que seja o desvalor de determinada conduta, essa circunstância, por si só, não é capaz de afastar a insignificância de uma conduta que não chega a afetar de forma relevante o bem jurídico. Por essa razão que não se pune, por exemplo, a tentativa inidônea, pois, por mais desvalorada que seja a conduta, ela não pode ser punida se não afetar, de maneira substancial, o bem jurídico. Assim, para que o direito penal cumpra sua missão de limitação do poder punitivo, deve partir da valoração do dano produzido pelo agente no caso concreto, analisando a situação de maneira objetiva.¹⁷⁹

Considerando que o critério mais seguro para se identificar uma ação penalmente relevante é o desvalor do resultado, consistente na verificação de afetação do bem jurídico, analisaremos, a seguir, se os vetores que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu para aplicação do princípio da insignificância atendem essas premissas.

3.2 A falência dos critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 84.412-SP para caracterização da insignificância

Por meio de pesquisa empírica sobre a aplicação do princípio da insignificância no Supremo Tribunal Federal, Bottini, Oliveira, Papa e Ribeiro concluíram que, ainda que o desvalor do resultado confira as bases dogmáticas para a formulação do princípio da insignificância, possibilitando sua construção a partir da teoria do bem jurídico, sua aplicação jurisprudencial recente no Brasil parece não ter lastro em reflexões dogmáticas acerca da tipicidade material, mas se apoia em razões distintas, mais pragmáticas, como a crise de

¹⁷⁷ Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

¹⁷⁸ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, 180.

¹⁷⁹ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, 178-179.

superlotação penitenciária e uma demanda político criminal para evitar o encarceramento de pessoas que praticam delitos patrimoniais de pequena monta, em face dos efeitos nefastos oriundos do período de privação de liberdade.¹⁸⁰

O princípio da insignificância é resultado de uma concepção complexa de tipicidade material, que reconsagra o desvalor do resultado para restringir a interpretação do direito penal para uma leitura mais humanista e garantista. Contudo, a aceitação da insignificância pela jurisprudência como instrumento legítimo de contenção do poder punitivo através da interpretação da norma penal decorreu de uma constatação política e prática, a de que o encarceramento de pessoas que praticam condutas que não afetam significativamente o bem jurídico não é viável devido ao seu custo econômico e seu baixo benefício social. Nesse sentido, afirma Bottini

Nesse contexto, percebeu-se que o princípio da insignificância pode ser um instrumento de relevante contribuição para uma política de minimização da crise carcerária. Ainda que sua adoção pelo Judiciário não tenha decorrido de uma formulação organizada de política criminal, a aceitação progressiva do princípio pelos magistrados revela uma descrença na privação da liberdade para esses delitos e a preocupação como excesso de contingente nesse setor.¹⁸¹

Em que pese seja louvável a iniciativa de aplicação do princípio da insignificância para reduzir a crise carcerária, como já apontamos, é necessária a adoção de critérios que atendam a segurança jurídica e estejam em conformidade com a dogmática penal. Nas décadas de 1980 e 1990, quando a insignificância começou a ser utilizada nas decisões judiciais, esta foi aplicada de forma livre, sem adoção de qualquer critério ou parâmetro do que seria ou não entendido como insignificante, de modo que as decisões eram construídas a partir das convicções pessoais.¹⁸²

De acordo com a pesquisa de Bottini, Oliveira, Papa e Ribeiro¹⁸³, a primeira menção ao princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal disponível na jurisprudência digitalizada foi no *Habeas Corpus* nº 66.869-1/PR, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, datada de 1988. Apesar da menção expressa ao princípio, a Corte não se debruçou sobre a

¹⁸⁰ BOTTINI, Pierpaolo; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A Confusa Exegese do Princípio da Insignificância e sua Aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, v. 98, set./out. 2012, p. 123.

¹⁸¹ BOTTINI, Pierpaolo; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A Confusa Exegese do Princípio da Insignificância e sua Aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, v. 98, set./out. 2012, p. 125.

¹⁸² PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 134.

¹⁸³ BOTTINI, Pierpaolo; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A Confusa Exegese do Princípio da Insignificância e sua Aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, v. 98, set./out. 2012, p. 125-126.

conceituação e possível aplicabilidade o princípio da insignificância. O processo tratava de lesões corporais em acidente de trânsito e o referido remédio constitucional tinha por objetivo o trancamento da ação penal, sob a alegação de constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, pela ausência de justa causa para a ação penal, fundada na insignificância da lesão retratada no laudo pericial.¹⁸⁴

A ordem fora denegada pelo Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por maioria de votos, sob a alegação de que seria necessária dilação probatória para análise da insignificância. Portanto, o acórdão proferido pelo STF no referido HC não conceitua diretamente o princípio da insignificância, pois não houve discussão acerca de sua aplicabilidade ou não, mas acerca da necessidade ou não de dilação probatória. De acordo com o Ministro Relator Aldir Passarinho, “não é de deixar-se prosseguir a ação penal que a nenhum resultado chegaria, só mais sobrecarregando os serviços da Justiça e incomodando inutilmente a própria vítima”.¹⁸⁵

Dessa forma, no referido caso, o princípio da insignificância foi aplicado exclusivamente por motivo de conveniência do Estado, não havendo justificativa por razões de ciência penal.¹⁸⁶ Esse tipo de decisão, embora alcance a finalidade político-criminal de intervenção mínima do direito penal, o faz em contrariedade aos preceitos dogmáticos e sem respeitar a lógica do sistema, tornando-se uma decisão perigosa para fins de segurança jurídica. Esse argumento utilitarista utilizado na decisão, de que a ação penal não poderia prosseguir porque a nenhum resultado chegaria não serve para garantir a segurança e previsibilidade esperada das decisões judiciais.

Em 1993, outra decisão relevante do Supremo Tribunal Federal foi proferida no HC 70.747-5/RS, o qual teve como Ministro Relator Francisco Rezek. Semelhantemente ao caso anterior, do HC nº 66.869-1/PR, tratava o processo de uma pequena lesão provocada por acidente de trânsito. A vítima, nesse caso, era um policial que fora atingido pelo condutor do veículo que não obedeceu a ordem de parada. Diante da pequena lesão sofrida, o impetrante pleiteou pela aplicação do princípio da insignificância. O relator do *Habeas Corpus*, por sua

¹⁸⁴ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-13062012-165850. Acesso em: 03.07.2021, p. 94.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 66.869-1/PR**, Relator: Min. Aldir Passarinho, Data de Julgamento: 06/12/1988, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe. 28/04/1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102215>> Acesso em 01 de jul. 2021.

¹⁸⁶ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-13062012-165850. Acesso em: 03.07.2021, p. 95.

vez, entendeu “que somente a análise individualizada de cada caso, tendo-se em atenção as circunstâncias que envolveram o fato, pode ou não autorizar a tese da insignificância”. E continua:

Na hipótese, as circunstâncias fáticas do ocorrido, bem assim a vida pregressa do paciente não me permitem acolher a tese da singeleza. Não bastasse a gravidade do fato, registra-se a reincidência do paciente, já condenado por desacato e desobediência a outros policiais.¹⁸⁷

E é justamente nesse ponto da decisão que Luiz Luisi, advogado impetrante do referido HC, afirma haver o equívoco mais gritante, por entender o STF que a vida pregressa e um pequeno arranhão possam considerar típica uma inexpressiva lesão. Segundo ele, “se inexistente a tipicidade, as circunstâncias presentes no contexto fático, e a vida pregressa do indiciado não têm o condão de dar matiz criminal ao fato”. E afirma ainda que o julgado seria muito mais acertado se tivesse improvido o HC por considerar, de forma superformalista, que houve lesão corporal, mesmo insignificante, e, portanto, o fato se subsumia ao tipo penal.¹⁸⁸

Nesse caso, observa-se de plano a incongruência dogmática da decisão. O princípio da insignificância exclui a tipicidade penal, não devendo ser levadas em consideração circunstâncias ligadas à culpabilidade, como a vida pregressa. Como afirmou Luiz Luisi, a vida pregressa e outras circunstâncias não tornam o fato típico. Segundo Luiz Flávio Gomes, o maior problema na aplicação do princípio da insignificância “não é tanto o pertinente à sua admissibilidade (até doutrinadores e julgadores mais conservadores já começam a reconhecê-lo), senão a confusão que ainda reina na esfera de seus limites (...)”.¹⁸⁹ A dificuldade repousa, portanto, em como se aferir o que seria uma conduta penalmente irrelevante.

Em 2004, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 84.412/SP¹⁹⁰, em voto proferido pelo ministro Celso de Mello, estabeleceu os vetores para

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC: 70.747-5/RS, Relator: Min. Francisco Rezek, Data de Julgamento: 07/12/1993, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe. 07/06/1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72653>> Acesso em 01 de jul. 2021.

¹⁸⁸ LUISI, Luiz. **O princípio da insignificância e o Pretório Excelso**, in Boletim do IBCCrim, fevereiro/1998, p. 227.

¹⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Critérios determinantes do princípio da insignificância**. 2004. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/crit%C3%A9rios-determinantes-do-princ%C3%ADpio-da-insignific%C3%A2ncia>. Acesso em 01 de jul. 2020.

¹⁹⁰ (...) 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

caracterização da insignificância, tornando-se uma decisão paradigma. Da leitura da decisão precedente infere-se que o princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, no intuito de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Com esse objetivo, o STF elencou então quatro critérios para a aferição da relevância na tipicidade material da conduta examinada: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Em que pese o acórdão tenha listado os vetores para aferição do relevo material da tipicidade penal, a fim de viabilizar a aplicação do princípio da insignificância, não trouxe qualquer definição sobre o que consiste cada um desses vetores, revelando-se, assim, critérios extremamente genéricos, abrangentes e abstratos, que buscam abrigar uma vasta gama de situações concretas, seja em relação ao bem protegido ou ao modo de agir. Essa ausência de conceituação dos vetores elencados acaba aumentando a sensação de imprevisibilidade e insegurança jurídica das decisões dos tribunais, o que não demanda esforço para se constatar a partir das decisões em situações análogas que recebem respostas jurisdicionais díspares, onde, segundo Bottini, o princípio da insignificância ora se alarga e ora se comprime, “em uma sequência aleatória de decisões que reflete a dificuldade de trabalhar com um instituto ainda em construção”.¹⁹¹

E a utilização desses critérios carentes de definição para aplicação da insignificância passou a ser feita pelo Superior Tribunal de Justiça e demais Tribunais de Justiça do país, de modo que a insignificância passou a ser aplicada não somente a crimes patrimoniais, mas também a diversos outros crimes, com base nos parâmetros fixados pelo STF. De acordo com Bottini, muito embora as bases sobre as quais se construiu e se aplica o princípio da

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. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 84.412/SP**, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/10/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-11-2004 PP-00037, EMENTA VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963.

¹⁹¹ BOTTINI, Pierpaolo; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A Confusa Exegese do Princípio da Insignificância e sua Aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, v. 98, set./out. 2012, p. 126.

insignificância pela jurisprudência não sejam precisas, com decisões, não raras vezes, conflitantes entre si, o fato é que a insignificância tem sido admitida em âmbitos cada vez mais abrangentes, passando a ser admitida em “crimes ambientais (STJ HC 35.203), contra direitos trabalhistas (STJ HC 107.572), telecomunicações (STF HC 104.530), dentre outros delitos nos quais a magnitude da lesão pode ser aferida como elemento de materialidade típica”.¹⁹²

Como assinala Busato, uma basta uma pesquisa jurisprudencial nos mais diversos Tribunais brasileiros para se constatar a incoerência na aplicação do princípio da insignificância, observando que “ora inexistem critérios, ora se elencam critérios; quando estes são elencados, por vezes, ignora-se no que os mesmos efetivamente consistiriam.”¹⁹³ De toda forma, segundo o autor, no que toca à questão da insignificância, o que se verifica é que tem prevalecido, em âmbito jurisprudencial, a utilização dos vetores elencados pelo STF no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.412-0/SP.¹⁹⁴

Assim, a utilização desses vetores passou a ser vista como um porto seguro quando o assunto é aplicação do princípio da insignificância. A questão colocada por Busato é que, de um lado a utilização dos vetores teria a vantagem de dar coerência à aplicação do princípio da insignificância, por outro tem gerado verdadeira alienação interpretativa, no sentido de ter gerado um engessamento que, como se não bastassem os riscos a ele inerentes, tem se mostrado equivocado, notadamente em virtude das incongruências que existem no próprio acórdão paradigma.¹⁹⁵

Além da inexistência de fundamentação acerca do que consiste cada um dos vetores, Busato ainda acrescenta que o vetor da mínima ofensividade do agente estaria relacionado, no caso concreto, com um percentual do salário mínimo vigente à época. Essa associação, segundo ele, já colocaria em dúvida a legitimidade da decisão para servir de paradigma para aplicação

¹⁹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da insignificância é um tema em construção. In: **Revista Consultor Jurídico**, 26 de julho de 2011, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jul-26/direito-defesa-principio-insignificancia-tema-construcao#:~:text=Princ%C3%ADpio%20da%20insignific%C3%A2ncia%20%C3%A9%20um%20tema%20em%20constru%C3%A7%C3%A3o,-26%20de%20julho&text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20insignific%C3%A2ncia%20tem,dos%20tribunais%20com%20alguma%20regularidade.&text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20insignific%C3%A2ncia%20C%20ou,legitimidade%20como%20crit%C3%A9rio%20de%20interpreta%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 10 jul. 2021.

¹⁹³ BUSATO, Paulo César. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio de intervenção mínima. In: **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, p. 97-117, 2011, p. 104.

¹⁹⁴ BUSATO, Paulo César. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio de intervenção mínima. In: **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, p. 97-117, 2011, p. 105.

¹⁹⁵ BUSATO, Paulo César. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio de intervenção mínima. In: **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, p. 97-117, 2011, p. 106-107.

do princípio da insignificância, pois desconsidera a pessoa da vítima.¹⁹⁶ Nesse ponto, concordamos que, para se verificar a extensão da lesão, o papel da vítima é essencial, uma vez que a subtração de um salário mínimo de um milionário representa uma lesão irrisória, enquanto que a subtração do mesmo valor em um assalariado representa um dano muito maior. Considerar a pessoa da vítima, portanto, tem importância no que diz respeito ao acusado, pois o direito penal não serve para satisfazer os interesses da vítima, mas para limitar o poder punitivo.

Passaremos agora a fazer considerações acerca dos vetores elencados pelo STF para aplicação do princípio da insignificância. Muito embora a decisão do HC 84.412/SP tenha silenciado acerca da definição sobre o que consiste cada um dos vetores acima citados, é possível se inferir com que categoria eles se relacionam dentro da teoria do delito (tipicidade, ilicitude ou culpabilidade), bem como é possível perceber que alguns dos critérios elencados na decisão do Supremo não se relacionam com o princípio da insignificância.

Isso porque, em que pese reconhecer que a aplicação do princípio da insignificância resulta em uma exclusão da tipicidade, devido à lesão insignificante ao bem jurídico (desvalor do resultado), estabelece vetores que têm relação com o desvalor da conduta (trata-se dos critérios de nenhuma periculosidade social da ação e mínima ofensividade da conduta do agente) e com a culpabilidade (reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento). E o grande problema da aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo é a exigência da presença de todos os vetores para aferição da insignificância.¹⁹⁷ Desse modo, esse entendimento de que é necessária a averiguação de ausência de desvalor da conduta, somada à ausência de desvalor do resultado, para aplicação do princípio da insignificância, gera muita confusão no momento de aplicação do instituto.

O primeiro critério que vamos analisar é o da mínima ofensividade da conduta. Como aponta Busato, dizer que uma conduta é dotada de uma ofensividade mínima pode ter dois sentidos: 1) o de que estamos diante de uma verdadeira ofensividade mínima, no sentido de que a ofensividade não pode ser menor do que a representada pela conduta em análise; ou 2) o sentido de que há alguma ofensividade, ainda que mínima, sendo então possível existir uma conduta sem ofensividade alguma. Se entendermos como no primeiro caso, como limite

¹⁹⁶ BUSATO, Paulo César. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio de intervenção mínima. In: **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, p. 97-117, 2011, p. 107.

¹⁹⁷ Cite-se como exemplo o HC nº 100.367/RS, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.08.2011, DJ 08.09.2011.

mínimo de ofensividade de uma conduta, este critério já seria suficiente para afastar a tipicidade penal, posto que, ausente a pretensão de ofensividade, a conduta não teria expressado qualquer ofensa ao bem jurídico. Seria então sem propósito a análise dos demais critérios elencados.¹⁹⁸

Considerando a segunda interpretação, por outro lado, ou seja, a de que a mínima ofensividade significa que há alguma ofensa, é preciso reconhecer que a análise da ofensividade não se dá em graus de intensidade, o que se avalia é a relevância penal da ofensa. Se a ofensa é relevante, estaria de logo caracterizado o delito em seu sentido material, de sorte que a presença de uma ofensividade máxima ou mínima seria matéria a ser considerada na dosimetria da pena. Esses argumentos, portanto, conduzem à inutilidade deste critério para se aferir a relevância penal da conduta.¹⁹⁹ Além disso, é um vetor que se refere ao desvalor da conduta, que não se presta a aferição da insignificância da conduta, exceto em casos raros, como os delitos sem resultado.

O segundo critério é o da periculosidade social da ação. Para Juarez Tavares, esse é um conceito impreciso e muitas vezes o Supremo tem confundido o conceito com a periculosidade do próprio agente, proferindo decisões que afastam a aplicação do princípio da insignificância em caso de reincidência²⁰⁰, embora manifesta a ausência de lesividade da conduta. Para o autor, “essa incerteza demonstra a falência dogmática da fórmula jurisprudencial.”²⁰¹ Segundo Rafael Fagundes Pinto, esse critério não pode, de forma alguma, ser considerado válido para avaliação da insignificância de uma conduta, pois é um conceito que está intimamente ligado ao positivismo criminológico. A ideia de periculosidade surge como uma decorrência lógica da noção de defesa social. Nesse contexto, se a função do sistema penal é proteger a sociedade contra o ataque que o delito representa, a pena tem a função de neutralizar a periculosidade do criminoso que o pratica.²⁰² Ademais, ressalta que qualquer análise da periculosidade recairia, necessariamente, em um direito penal do autor, que julga a pessoa não pelo seu ato, mas pelo que ela é. Não resta dúvidas que o direito penal do autor é incompatível com o estado democrático de direito.²⁰³

¹⁹⁸ BUSATO, Paulo César. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio de intervenção mínima. In: **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, p. 97-117, 2011, p. 113.

¹⁹⁹ BUSATO, Paulo César. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio de intervenção mínima. In: **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, p. 97-117, 2011, p. 113.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 108528/MG, in DJ 19/07/2011.

²⁰¹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 252.

²⁰² PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 143-144.

²⁰³ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 146.

Igualmente, o terceiro critério, o grau de reprovabilidade do comportamento, também não pode ser considerado válido para aferição da insignificância. Primeiro porque a noção de reprovabilidade enseja “julgamento ético e moral do sujeito, que não pode ser admitido em um estado democrático de direito secularizado, em que vige a separação entre direito e moral”.²⁰⁴ Outro motivo pela qual não deve ser considerado esse critério é o de que a reprovabilidade é uma categoria da culpabilidade, que não pode ser invocada para solucionar questões afetas à lesão ao bem jurídico, questão essa situada na categoria da tipicidade.²⁰⁵

Já o último critério elencado pelo Supremo, o da inexpressividade da lesão jurídica provocada, parece ter relação com o desvalor do resultado e com o grau de afetação do bem jurídico. Dentre todos os vetores relacionados, esse é o que mais se relaciona com o princípio da insignificância, de modo que pode contribuir para a avaliação de sua aplicabilidade no caso concreto.²⁰⁶ Entretanto, aponta Rafael Fagundes Pinto que a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela confusão jurisprudencial, com a existência de decisões completamente conflitantes dentro da Suprema Corte. Segundo o autor, o que essas decisões fazem é “abandonar completamente a dogmática e os fundamentos jurídicos da insignificância para enveredar de forma atécnica pelo caminho do julgamento moral do acusado, de sua personalidade ou de sua conduta de vida.”²⁰⁷

A imprecisão do significado dos critérios e a inobservância da dogmática penal, principalmente no que se refere à insignificância, portanto, revela a falta de segurança jurídica nas decisões proferidas pela Corte Suprema. Em um estado democrático, merece destaque o problema da discricionariedade judicial, em especial quando se trata de discussão de casos difíceis, para os quais não existe regra que prescreva qual decisão deve ser tomada. Nos últimos anos, a interpretação do direito a cargo dos tribunais tem ocorrido de maneira muito aproblemática, sob o argumento de que estão produzindo uma interpretação do direito penal de forma constitucionalmente adequada.²⁰⁸

²⁰⁴ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 147.

²⁰⁵ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 147.

²⁰⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 153.

²⁰⁷ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 157.

²⁰⁸ COSTA, Álisson Silva. Por uma reflexão constitucionalmente adequada da aplicação das normas no direito penal: os riscos da discricionariedade no contexto da insignificância. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 40 – 60, Jan/Jun. 2017. p. 49.

Por oportuno, cabe aqui registrar que tramita no Senado federal o projeto de lei do Código Penal, que inclui expressamente a insignificância no parágrafo 1º do artigo 28, utilizando parte dos vetores elencados pelo Supremo no HC nº 84.412/SP, dispondo que:

§1º Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições:

Mínima ofensividade da conduta do agente;

Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;

Inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Entretanto, apesar dos esforços em se viabilizar a melhor aplicação da insignificância, observa-se que ela não foi conceituada e que apenas se utiliza dos critérios abertos e atécnicos já defendidos pelo Supremo Tribunal Federal, implicando um julgamento moral do agente, antecipando juízos de culpabilidade (como o grau de reprovabilidade do comportamento) para uma discussão de tipicidade penal.²⁰⁹ Por conseguinte, não há qualquer ganho ao direito penal a posituação da insignificância na redação proposta em tramitação no Congresso Nacional, pois permanece flagrante o alto grau de subjetividade empregado no texto legal que se pretende incluir no Código Penal. Muito embora a exclusão do vetor correspondente à periculosidade social da ação represente um pequeno avanço, há ainda a manutenção do vetor reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta do agente entre os critérios para reconhecimento da atipicidade material do fato pela insignificância.²¹⁰

O que podemos observar, portanto, é que os critérios elencados pelo Supremo Tribunal Federal não estão baseados na dogmática e nos fundamentos do princípio da insignificância, de modo que sua aplicação, muito embora atinja os fins político-criminais em muitos dos casos que chegam ao Supremo, ainda há muita imprevisibilidade e insegurança jurídica, o que acaba restringindo uma ferramenta importante de contenção do poder punitivo irracional. Desse modo, a fim de se conceber uma aplicação do princípio da insignificância que atenda às exigências da dogmática penal, sem ferir a lógica sistemática, devemos analisar sua aplicação dentro do sistema funcionalista, o que faremos no tópico a seguir.

²⁰⁹ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 239.

²¹⁰ DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. In: **Revista de Estudos Criminais**. Ano XIII, nº 57, p. 205-243, abr./jul. 2015, p. 222-223.

3.3 A funcionalização da tipicidade e sua relação com a teoria da imputação: o desvalor do resultado como determinante para aferição da insignificância

Roxin formulou pressupostos metodológicos a fim de se buscar um conceito material de crime na formalidade do texto legislativo. Nessa ótica, o princípio da insignificância assumiu o papel de ferramenta interpretativa de redução da tipicidade, de tal sorte a excluir a relevância penal de danos de escassa importância. Sendo assim, a ideia era excluir a tipicidade formal, a tipicidade como um todo, quando não houvesse afetação do bem jurídico. Sob essa perspectiva, Roxin estabelece restrições à imposição da pena a fatos que, embora formalmente, venham descritos na lei penal como criminosos, não chegam a lesar de maneira significativa o bem jurídico e, portanto, não se amoldam ao tipo de injusto.²¹¹ A seguir, analisaremos como o critério da tipicidade é funcionalizado para atender aos fins político-criminais e como o princípio da insignificância pode então ser aplicado.

Para a teoria finalista da ação, há uma preponderância do desvalor da conduta sobre o desvalor do resultado, em virtude de estar nela a vontade final, cuja reprovação ético-social é considerada a base do direito penal²¹². Na teoria funcionalista desenvolvida por Roxin, essa estrutura básica do finalismo de que o crime conjuga o desvalor da conduta com o desvalor do resultado é mantida, sendo adicionada a criação do risco não permitido ao desvalor da conduta, por meio da teoria da imputação objetiva. Além disso, diferentemente da teoria finalista, o desvalor do resultado possui o mesmo peso do desvalor da conduta, sendo ambos considerados fundamentais para a tipicidade. Portanto, o desvalor do resultado consiste na ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma proibitiva, enquanto que o desvalor da conduta consiste tanto no elemento volitivo como, principalmente, na criação de um risco não permitido.²¹³ Portanto, pode-se afirmar que o injusto penal do funcionalismo de Roxin exige simultaneamente o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, restando atípica a conduta se ausente qualquer um deles²¹⁴, vejamos:

²¹¹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 252.

²¹² DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. In: **Revista de Estudos Criminais**. Ano XIII, nº 57, p. 205-243, abr./jul. 2015, p. 220.

²¹³ ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 60.

²¹⁴ DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. In: **Revista de Estudos Criminais**. Ano XIII, nº 57, p. 205-243, abr./jul. 2015, p. 221.

É certo que se falta o desvalor da ação de um crime doloso, ainda assim é possível afirmar a existência de desvalor da ação (consistente na criação de um risco não permitido) de um ato imprudente; mas se esse desvalor não coincidir, a consequência será a impunidade. De acordo com a concepção atual, a realização do tipo pressupõe em qualquer caso e sem exceção tanto um desvalor da ação quanto um desvalor do resultado. (...) o injusto sempre consiste na união de ambos, porque mesmo nos chamados crimes de mera atividade (...), há um resultado externo, embora seja inseparável da ação.²¹⁵

A concepção de sistema penal de Roxin propõe que as categorias dogmáticas da teoria do delito sejam observadas, desenvolvidas e sistematizadas de acordo com suas respectivas funções político-criminais²¹⁶, pois dessa forma, estando o sistema baseado em concepções valorativas político-criminais, a justiça no caso concreto estaria garantida.²¹⁷ Nesse passo, na estrutura funcionalista do delito formulada por Roxin, o tipo penal valora a conduta a partir do critério de necessidade abstrata de pena, sendo o fim político-criminal da cominação abstrata da pena o preventivo-geral, uma vez que pretende que o indivíduo omita uma conduta proibida pela norma ou realize uma conduta prescrita. Além da prevenção geral, o tipo penal tem como reitor o princípio da culpabilidade, este por meio da teoria da imputação objetiva, que visa excluir resultados meramente causais.²¹⁸ Acerca da teoria da imputação objetiva, assevera:

A teoria da imputação objetiva compreende a ação típica de modo consequente como a realização de um risco não permitido, delimitando os diversos âmbitos de responsabilidade. Ela fornece, assim, um parâmetro de interpretação que se orienta imediatamente segundo o grau do injusto material, segundo a intolerância da lesividade social do comportamento do autor. Com isso, permissão e não permissão de um risco designam limites entre a liberdade dos cidadãos e a faculdade de intervenção estatal.²¹⁹

No que tange à prevenção geral, esta conduz a uma dupla via de interpretação: (i) o tipo penal deve ser interpretado segundo o fim da lei, de modo que todas as condutas desaprovadas legalmente sejam alcançadas e (ii) a lei deve ser precisa, em respeito ao princípio *nullum crimen*

²¹⁵ Trad. livre: Es cierto que si falta el desvalor de la acción de un delito doloso, aún es posible que haya que afirmar la existencia del desvalor de la acción (consistente en la creación de un riesgo no permitido) de un hecho imprudente; pero si tampoco concurriera ese desvalor, la consecuencia será la impunidad. Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado. (...) el injusto consiste siempre en una unión de ambos, pues incluso en los llamados delitos de mera actividad (...) existe un resultado externo, aunque el mismo es inseparable de la acción. ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito**, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, v. 1, 1997, p. 320.

²¹⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 58.

²¹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito**, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, v. 1, 1997, p. 217.

²¹⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito**, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, v. 1, 1997, p. 218-219.

²¹⁹ ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 71.

sine lege. Essa tensão entre a precisão da lei e o seu fim é o ponto de partida para que Roxin inicie seu raciocínio, de onde emerge o princípio da insignificância.²²⁰

Como já vimos, o direito penal somente pode ser utilizado para proteger bens jurídicos de enorme relevância social, mas não contra qualquer tipo de agressão, e sim apenas contra aquelas que lesem o bem jurídico significativamente. Portanto, na análise da tipicidade de uma conduta, não basta que ela preencha a descrição realizada pelo legislador no tipo (tipicidade formal), mas deve haver também a ofensa ao bem jurídico protegido, através de uma lesão ou perigo de lesão. É nessa esteira que surge o princípio da insignificância como auxiliar interpretativo, a fim de excluir lesões irrelevantes ao bem jurídico tutelado pela norma penal.²²¹ Como leciona Juarez Tavares, os elementos típicos não são compreendidos, simplesmente, por sua descrição, mas também por sua valoração pela ordem jurídica. Assim, além de dados empíricos, são elementos normativos. E o que fornece aos elementos do tipo sua substância jurídico penal é essa normatividade, a qual, em muitos delitos, fundamenta a realização do resultado.²²²

Dessa forma, por meio de influência direta da concepção de Claus Roxin, no sentido de que o direito penal e suas categorias devem ser desenvolvidas e interpretadas em atenção aos fins político-criminais que os fundamentam, ganha espaço o princípio da insignificância, segundo o qual não deve ser incluído no âmbito de proteção da norma penal aquelas condutas que não lesionem com certa gravidade o bem jurídico por ela tutelado, sob pena de contrariedade ao fim do direito penal de proteção de bens jurídicos.²²³ Luiz Flávio Gomes assevera que o princípio da insignificância é um instituto de política criminal, cuja aplicação pelo judiciário somente pode ser justificada dogmaticamente através das ideias desenvolvidas por Roxin de que a política criminal e o direito penal são indivisíveis. Desse modo, a consequência inevitável da aplicação do princípio da insignificância no plano dogmático é a exclusão da tipicidade, deixando o fato de ser materialmente típico.

²²⁰ DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. In: **Revista de Estudos Criminais**. Ano XIII, nº 57, p. 205-243, abr./jul. 2015, p. 215.

²²¹ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 73.

²²² TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 253.

²²³ DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. In: **Revista de Estudos Criminais**. Ano XIII, nº 57, p. 205-243, abr./jul. 2015, p. 218. Para Zaffaroni e Batista, a noção de que o direito penal protege o bem jurídico não passa de um mito, o qual confere ao direito penal uma função legitimante, que retira do conceito de bem jurídico sua capacidade de limitação do poder punitivo. Cf. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo II. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 216.

Assim, o desenvolvimento do princípio da insignificância advém da integração entre o conceito de tipicidade material com a premissa de que a finalidade precípua da repressão estatal por meio do direito penal é a proteção de bens jurídicos, e não de meros comportamentos imorais ou formalmente típicos.²²⁴ É, portanto, o desvalor do resultado, que decorre da concretização da teoria do bem jurídico, que permite a caracterização de condutas atípicas pelo princípio da insignificância, quando a lesão for mínima ou insignificante. Somente a existência de um resultado no sentido naturalístico não é suficiente para caracterizar uma conduta como típica, sob pena de se mostrar desproporcional considerar típica uma conduta que não atente contra a expectativa da comunidade e nem atente contra o funcionamento do estado democrático. E acrescentam Bottini, Oliveira, Papa e Ribeiro que

*O desvalor da ação final permanece como núcleo central do injusto, mas a ideia de que o ato delitivo exige também um desvalor de resultado aponta para um conceito de tipicidade mais rico em conteúdo e capaz de superar questões controvertidas. É necessário algo mais que o simples comportamento, algo que aproxime do injusto do referente último da norma penal, que revele ao menos a potência do comportamento para afetar um bem jurídico. Há uma materialidade mínima necessária além do desvalor da ação que caracteriza o injusto: o risco que ele representa – ainda que em abstrato – para um bem jurídico passível de proteção penal.*²²⁵

Dessa forma, a ideia da insignificância considera o desvalor do resultado como elemento nuclear do injusto penal, de maneira que é imprescindível observar se o comportamento, além de se adequar à conduta prevista no tipo penal, causou lesão ou pôs em perigo o bem jurídico que dá legitimidade à norma de proteção, para que se verifique materialidade suficiente a justificar a intervenção do direito penal.²²⁶ Nesse ponto, vale registrar que não havendo materialidade suficiente a justificar a intervenção, ou seja, não havendo afetação do bem jurídico, a norma que visa protegê-lo deve ser afastada.

Para Gomes, “é perfeitamente possível distinguir, como se vê, o desvalor da ação do desvalor do resultado. A insignificância tem incidência em ambas as situações (ou ainda na combinação delas).”²²⁷ Assim, podemos afirmar que “o desvalor do resultado é condição

²²⁴ BOTTINI, Pierpaolo; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaís Bernhardt. A Confusa Exegese do Princípio da Insignificância e sua Aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, v. 98, set./out. 2012, p. 120.

²²⁵ BOTTINI, Pierpaolo; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaís Bernhardt. A Confusa Exegese do Princípio da Insignificância e sua Aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, v. 98, set./out. 2012, p. 123.

²²⁶ BOTTINI, Pierpaolo; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaís Bernhardt. A Confusa Exegese do Princípio da Insignificância e sua Aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, v. 98, set./out. 2012, p. 120-121.

²²⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 78.

necessária para a ação ser materialmente típica e que a falta de desvalor do resultado é condição suficiente para afastar a tipicidade material.”

Entretanto, diferentemente do entendimento de Gomes, para Roxin, ao excluir a tipicidade de lesões insignificantes ao bem jurídico, o princípio da insignificância considera tão somente o desvalor do resultado jurídico, não sendo relevante, para fins de caracterização da insignificância, o resultado naturalístico, o desvalor da conduta e elementos externos ao tipo penal, como a culpabilidade. Quanto ao desvalor da conduta, por outro lado, resolve-se por critérios da imputação objetiva, ou seja, pela ausência de criação de um risco proibido. Isso porque a teoria da imputação objetiva atenta ao âmbito proibitivo da norma, excluindo as ações que não causem risco proibido ou o causam de forma inexpressiva.²²⁸ Resta claro, portanto, que de acordo com o funcionalismo roxiniano, somente importa ao princípio da insignificância o desvalor do resultado, que corresponde à ínfima lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal proibitiva.

Assim, considerando que o princípio da insignificância é uma ferramenta interpretativa para redução da tipicidade penal, temos que a sua aplicação, dentro de uma lógica sistemática do funcionalismo teleológico, deve interpretar o tipo penal a fim de restringir seu alcance teleológico, garantindo-se um exercício mais racional do poder punitivo. Nos casos de crimes complexos, em que o tipo penal indica mais de um bem jurídico a ser protegido, não havendo afetação de um desses bens, é de se afastar a incidência desse tipo penal, aplicando-se outro, que tenha relação com o bem jurídico afetado.

Nesse passo, pode-se entender como redução da tipicidade não somente uma exclusão total, mas também uma limitação de alcance do tipo. No caso de crime complexo, como o roubo, o tipo penal visa a proteção de mais de um bem jurídico. Essa redução da tipicidade, portanto, pode significar uma diminuição do alcance do tipo complexo, sendo afastado o tipo penal para que haja a incidência de outro, se houver afetação de apenas um bem jurídico, ou a exclusão total, no caso de ausência de afetação a nenhum dos bens.

A importância de se operacionalizar o princípio da insignificância dentro do funcionalismo é exatamente a de se adotar uma dogmática pensada como teoria da imputação. A noção de funcionalização da tipicidade, com a renormativização do tipo, dentro da teoria da imputação, evita que a ideia de subsunção seja adotada. A avaliação da tipicidade, portanto,

²²⁸ DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. In: **Revista de Estudos Criminais**. Ano XIII, nº 57, p. 205-243, abr./jul. 2015, p. 222-223.

deve ser realizada dentro do contexto no qual se desenvolve a atividade. É na interpretação dos fatos que o julgador irá averiguar se a conduta seria capaz de lesionar ou expor a perigo o bem jurídico. Somente essas condutas podem sofrer a incidência do direito penal e o tipo penal aplicável ao caso será de acordo com o bem jurídico efetivamente lesado. Essa contextualização é o que afasta eventuais injustiças decorrentes do raciocínio de subsunção.

Conforme assevera Yuri Corrêa da Luz, a cisão da tipicidade em dois planos (prática comum na doutrina e jurisprudência nacional), um formal e outro material, colocando-os como necessários e consecutivos, acaba “construindo para os aplicadores do Direito penal amarras cognitivas muito problemáticas”²²⁹. Desse modo, assinala que ao se formular a questão da aplicação do princípio da insignificância nesses termos (tipicidade formal + tipicidade material), acabamos partindo de um sistema de delito de caráter duplo: de um lado, um sistema em que a subsunção serve para definir a figura-base para avaliação do fato punível (tipicidade formal); e de outro, opera-se um momento normativo, em que há a redução teleológica daquela figura-base, a partir de uma valoração orientada pelo bem jurídico protegido.²³⁰ Assim, se partirmos desse sistema híbrido de juízos descritivos e normativos, correremos o risco de limitar a funcionalização da tipicidade, “na medida em que seu momento normativo está restrito a atuar somente após o momento descritivo, isto é, como mero complemento deste.”²³¹

O princípio da insignificância, da forma como operacionalizado hoje, através do conceito de tipicidade material como corretivo da tipicidade formal, não restringe a intervenção penal de maneira eficaz, pois ao se proceder com o juízo de subsunção e escolher primeiramente o tipo que se adequa formalmente ao caso, antes mesmo de se avaliar o desvalor do resultado para a escolha do tipo aplicável, pode-se incorrer no erro de utilizar um tipo penal com pena mais alta, desproporcional, para a solução do caso. É o que pode acontecer no caso de crimes complexos. Aplicando-se o tipo de um crime complexo, que protege dois bens jurídicos, quando somente um deles foi afetado, a pena aplicada, ainda que em seu mínimo legal, será desproporcional.

Portanto, o princípio da insignificância, se utilizado nesse sistema de tipicidade formal e tipicidade material, será utilizado de maneira equivocada e limitadora. O desvalor do resultado

²²⁹ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, 221.

²³⁰ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, 223.

²³¹ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, 223.

deve ser utilizado, desse modo, no momento de se analisar os fatos para verificar a adequação dos fatos à norma (teleologicamente interpretada), vale dizer, a insignificância deve ser utilizada como ferramenta de interpretação no momento da análise dos fatos, não somente como forma de se restringir o conteúdo daquele tipo previamente escolhido. Restringir a tipicidade não se trata de apenas restringir o conteúdo do tipo que se adequa formalmente, mas “restringir” o fato, capturando o que é penalmente relevante para que se adeque ao tipo penal que tem a finalidade de proteger aquele bem jurídico afetado. Em outras palavras, o princípio da insignificância, como critério interpretativo, deve atuar na escolha do tipo penal que se aplica ao caso. Assim, a insignificância deve ser utilizada já no momento da interpretação dos fatos para a capitulação jurídica mais adequada, se for o caso de conduta que lese o bem jurídico significativamente. Desse modo, exclui-se o raciocínio de subsunção e o substitui por um raciocínio de interpretação, normativo. Na próxima seção, analisaremos a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo.

4 A INSUFICIÊNCIA DO JUÍZO POSTERIOR DE TIPICIDADE MATERIAL COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO DA TIPICIDADE FORMAL DO CRIME DE ROUBO

4.1 O bem jurídico e sua função delimitadora da incriminação

O Direito Penal deve ser concebido como *ultima ratio*, ou seja, deve ser aplicado apenas quando as demais searas jurídicas não forem capazes de solucionar o problema. Mas quando ele tiver que ser utilizado, deve sê-lo com base em critérios científicos, estabelecidos pela dogmática penal, de modo que as decisões emanadas pelo Poder Judiciário sejam sempre estabelecidas em critérios de racionalidade e argumentação, respeitando-se, principalmente, as garantias do acusado. Portanto, para aplicação do direito penal, que atinge um dos principais bens do cidadão (liberdade), é indispensável que haja uma agressão ao bem jurídico protegido que justifique a intervenção desse ramo do direito. Nesse sentido, Mir Puig ensina que para que um bem jurídico seja considerado bem jurídico penal, deve-se considerar a importância social do bem e a necessidade de proteção pelo direito penal.²³² Portanto, a escolha dos bens jurídicos que merecem proteção estatal por meio do direito penal constitui matéria que está intimamente ligada à valoração de sentido e a fundamentos axiológicos utilizados pelo legislador em determinado momento histórico-cultural daquela sociedade.

Nesse ponto, deve-se observar que o reconhecimento das garantias individuais e minimização dos muitos efeitos da indevida intervenção penal pode ser mitigado pelo Judiciário, que é responsável pela interpretação dos tipos penais e, conseqüentemente, o alcance da norma penal em cada caso concreto. Essa interpretação, todavia, não deve ser realizada de forma subjetiva pelo julgador, ainda que haja uma carga de valoração no processo de interpretação, mas sim observando-se os limites estabelecidos pela dogmática penal, cujo objeto de estudo é a lei penal.

Segundo Zaffaroni e Batista, o direito penal é “o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito.”²³³ Nesse sentido, segundo os autores, o princípio da interpretação restritiva, que veda a analogia

²³² MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 97.

²³³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo I. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 40.

in malam partem no direito penal, também se manifesta no alcance semântico das palavras da lei, as quais podem ter um sentido mais amplo para a criminalização ou um mais restrito, mais limitado. Obviamente, no estado democrático de direito, que deve respeitar todas as garantias constitucionais do cidadão, as dúvidas que existirem na interpretação devem ser dirimidas de forma a restringir a criminalização. Nada mais lógico, visto que a criminalização primária é excepcional. Destarte, somente em casos muitos excepcionais se admite uma interpretação semanticamente mais ampla: “é quando o sentido restringido traz uma consequência deformadora ou absurda, que o literal mais amplo evita”.²³⁴

Cabe ao juiz interpretar e aplicar a lei penal. Algum tempo atrás, entendia-se que a lei não deveria ser interpretada, tendo sido o juiz conhecido como o “boca da lei”, cuja função era aplicar as leis editadas pelo Poder Legislativo da forma mais mecânica possível. Não é necessário muito esforço, nesse caso, para se perceber o quão perigoso esse tipo de intérprete pode ser, haja vista ser uma clara demonstração de autoritarismo. Segundo Zaffaroni, até mesmo quando quem for aplicar a lei não queira interpretá-la, já o estaria fazendo.²³⁵ Nesse sentido, faz-se imprescindível a ciência do direito penal ou dogmática jurídico-penal, que tem como papel o estudo do ordenamento jurídico positivo e a finalidade de permitir uma aplicação equitativa e justa da lei penal, tornando segura e previsível a aplicação. Portanto, a dogmática jurídico-penal estabelece limites, define conceitos e evita uma aplicação da lei de forma irracional, arbitrária e improvisada.²³⁶ Assim, a dogmática jurídico-penal, ao construir conceitos e estabelecer limites de proibição e punição, contribui para conferir racionalidade e segurança nas decisões judiciais.²³⁷ Essa previsibilidade da conduta do juiz no momento de aplicar a lei é a base da segurança jurídica e a finalidade última da própria lei: tornar previsível que o outro não afetará meu bem jurídico.

O sistema funcionalista de Roxin parte da ideia de que o direito penal somente está autorizado a intervir na liberdade dos cidadãos para cumprir a sua função social. E essa função consiste justamente em “garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.”²³⁸ Qualquer coisa que estiver além

²³⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo I. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 210-211.

²³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 278.

²³⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 117.

²³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 289.

²³⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16-17.

dessa função não deve ser objeto do direito penal. Assim, em um estado democrático de direito, as normas jurídico-penais devem perseguir esse objetivo, de assegurar uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Nesse contexto, Roxin define os bens jurídicos “como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.”²³⁹ A diferença entre realidades e finalidades, para o autor, indica que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso da vida, mas que ele também pode criá-los.²⁴⁰

Com a filosofia penal iluminista e o nascimento do direito penal moderno, surgiu a ideia de bem jurídico-penal. A filosofia penal iluminista “tinha como postulado a garantia dos bens individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas”.²⁴¹ Para tanto, foi formulado um conceito material de delito, segundo o qual “o delito é sempre a violação de um direito subjetivo variável, de acordo com a alteração da espécie delitiva e pertencente à pessoa (física ou jurídica), ou ao Estado.”²⁴² Desse modo, o instrumento considerado eficaz para garantia da liberdade do cidadão diante do arbítrio penal do Estado é o direito subjetivo, de modo que, nesse contexto, a ação delitiva deve contrariar um direito subjetivo alheio.²⁴³

A partir do positivismo jurídico, novas direções metodológicas surgiram na esfera penal. Em primeiro lugar, Karl Binding enunciou a dimensão formal (jusracionalista positivista) do bem jurídico, sendo esta fundada no direito positivo vigente, de modo que, para ele, há uma nítida relação entre a norma penal e o bem jurídico, sendo aquela a fonte de revelação do bem ou interesse que deve ser protegido.²⁴⁴ Nesse sentido, segundo Binding, o delito consiste na lesão a um direito subjetivo do Estado, vale dizer, ao direito de obediência estatal. Bem jurídico, portanto, “é tudo que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica”, se identificando o bem jurídico “com o sentido e o fim das normas penais”.²⁴⁵

²³⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-19.

²⁴⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-19.

²⁴¹ SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, n. 197, jan./mar., 2013, p. 65-74, p. 67.

²⁴² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 21.

²⁴³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 21.

²⁴⁴ SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, n. 197, jan./mar., 2013, p. 65-74, p. 67.

²⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 24.

Posteriormente, com os estudos de Franz von Liszt, como reação contrária ao tratamento científico formal da norma, origina-se a dimensão material do conceito de injusto penal e o bem jurídico desenvolve toda a sua capacidade de limite à ação legiferante. O referido autor ensina que o direito existe para proteger interesses da vida humana. É, portanto, da essência do direito a proteção de interesses. O bem jurídico, na perspectiva de Liszt, constitui o interesse individual ou coletivo protegido juridicamente. Segundo o autor, “é a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”.²⁴⁶ Na visão de Bechara, ao ser visto como interesse, o bem jurídico “permite uma valoração e, assim, um juízo de ponderação, tornando possível o diálogo entre a dogmática e a política criminal, sempre sob a orientação da finalidade a ser buscada pela intervenção penal.”²⁴⁷

Desse modo, em sentido oposto ao proposto por Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra. Daí o seu aspecto restritivo, pois o fim do direito não é outro senão o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podem ser, de modo algum, criação ou elaboração jurídica, mas se impõem a ela. Assim, há clara distinção entre uma ciência normativa, cujo método é o dogmático (lógico-dedutivo) e as demais ciências, com destaque para a política criminal. Firma-se então uma conceituação liberal de bem jurídico que precede o direito positivo e independe dele, sendo endereçada mais ao legislador.²⁴⁸ Assim, a ordem jurídica, ao discriminar os interesses legítimos e autorizados dos que não o são, dispensa proteção aos interesses segundo normas, logo, ao prescrever determinada conduta, a norma vem a ser o anteparo do bem jurídico.²⁴⁹

Como se pode ver, tarefa árdua é a conceituação de bem jurídico-penal. Mas há uma coisa em comum em todas essas diversas formulações: legitimação e imposição de limites ao direito penal.²⁵⁰ A doutrina penal utiliza, basicamente, dois sentidos distintos de bem jurídico: a) o sentido político-criminal (*de lege ferenda*) e b) o sentido dogmático (*de lege lata*). O primeiro se refere ao bem jurídico que merece proteção pelo Direito Penal, enquanto que o segundo se trata do objeto protegido pela norma penal violada, do objeto da tutela jurídica.²⁵¹ No que tange ao sentido político-criminal, Roxin defende que o conceito de bem jurídico deve

²⁴⁶ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Vol. I. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006, p. 93-94.

²⁴⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 201.

²⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 26-27.

²⁴⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Vol. I. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006, p. 96.

²⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminas - RBCCRIM**. n. 53, v. 13, 2005, p. 9-37, p. 14.

²⁵¹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte General. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2006, p. 161.

ser crítico com a legislação, devendo, portanto, mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima²⁵². O sentido dogmático, por sua vez, tem relação com a teoria do delito, haja vista que o objeto da tutela jurídica se extrai do tipo penal.

Para Silva Sánchez, constitui uma garantia fundamental do Direito Penal moderno a exigência de que sua intervenção ocorra exclusivamente para proteger o bem jurídico. Segundo o autor, essa finalidade garantista somente pode ser alcançada a partir de um conceito de bem jurídico bem delimitado, haja vista que um conceito aberto de bem jurídico pode ser desvirtuado para servir de fundamento para proteger qualquer tipo de interesse que não represente, necessariamente, uma repercussão social negativa.²⁵³ Por conseguinte, tendo em vista que a pena representa uma intervenção tão intensa sobre o indivíduo, somente pode ser justificada em caso de afetação de um elemento essencial da vida em comunidade, que esteja consagrado na Constituição. Obviamente, nem todas as realidades contempladas no texto constitucional, sejam elas expressas de forma explícita ou implícita, deve receber proteção penal, sendo necessário se considerar o merecimento de pena, decorrente da significação atribuída ao bem e da gravidade lesão a ele e a necessidade de pena, que decorre da ineficácia de outros meios menos lesivos que os penais.²⁵⁴

No entendimento de Brandão, a norma penal é o resultado da compreensão lógica do tipo, representando verdadeira síntese entre a conduta descrita e o bem jurídico protegido, estando impregnada por uma carga axiológica, um juízo de valor. Assim, “a norma é um comando de comportamento valorado através do referido bem jurídico, o que fará convergir em si dois princípios fundantes do direito penal: a legalidade e a lesividade.”²⁵⁵ Nesse passo, o tipo penal cumpre o princípio da legalidade ao fixar os limites legais do comportamento considerado relevante para o direito penal, excluindo, logicamente, toda conduta (comissiva ou omissiva) que estiver fora de seu alcance. A substância do tipo é o bem jurídico, a tutela de um valor. Portanto, o tipo penal que não tutela um valor é vazio de conteúdo e não apresenta resultado jurídico lesivo. A norma sem o bem jurídico, desse modo, não tem a potência de lesividade, que é o fundamento da pena, como consequência da não observância da norma, entendida como

²⁵² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20.

²⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 267-268.

²⁵⁴ Tradução livre: “el merecimiento de pena (derivado de la significación atribuida al bien y de la gravedad de las diversas formas de ataque al mismo) y sobre la necesidad de pena, derivada de la ineficacia de otros medios menos lesivos que los penales”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 274-275.

²⁵⁵ BRANDÃO, Cláudio. Bem Jurídico e Norma penal: A função da antinormatividade na teoria do crime. In: **Revista Delictae**, volume 3, nº. 4, Jan-jun/2018, p. 07-45, p. 38.

comportamento esperado pelo direito. Como resultado, “sem o bem jurídico que confira a ele substância, o tipo penal se transforma em um instrumento de arbítrio.”²⁵⁶ Portanto, condutas insignificantes, por não apresentarem lesividade, não podem legitimar o exercício do poder punitivo.

Por conseguinte, defender a tese de que o direito penal se presta a confirmar a vigência da norma é admitir a possibilidade de criminalização e, pior, de aplicação de pena e punição, de condutas que não apresentem efetiva lesão ao bem jurídico protegido, o que, por certo, destoa da noção de estado democrático de direito. O Estado, ao eleger as condutas que devem ser criminalizadas, e, quando eleitas, punidas concretamente, deve considerar que é inconcebível a tutela de um interesse qualquer, devendo tutelar apenas interesses urgentes relacionados à manutenção da convivência social harmônica, sendo a proteção de bens jurídicos a finalidade que legitima a sua utilização. Assim, meras imperfeições da sociedade e meros desconfortos que ameacem o indivíduo não podem legitimar a utilização do direito penal.²⁵⁷ Nesse sentido, Bechara observa que

apenas a partir da referência ao bem jurídico torna-se possível análise objetiva da gradação de ofensa da conduta delitiva, vantagem dogmática ausente nas teorias que pretendem tomar o delito como mera infração de dever ou da norma, as quais necessariamente acabam tendo que recorrer a aspectos subjetivos relacionados à desobediência, tais como as ideias de papel social ou de competência do agente, o que tende ao retorno a um Direito Penal espiritualizado.²⁵⁸

Logo, tendo em vista que a função primordial do direito penal é a tutela do bem jurídico, este deve ser o primeiro referencial a ser considerado como condição indispensável de desenvolvimento social. E assim o faz a Constituição Federal, ao prever os bens jurídicos mais socialmente relevantes que são objeto da proteção jurídica do Estado. Contudo, “há que se ter em conta a efetiva ofensa ao bem jurídico pela conduta tipificada, sem deixar de ver o custo que implica sua tipificação penal à liberdade pessoal.”²⁵⁹ Portanto, nem todas as lesões aos bens jurídicos devem ser tuteladas pelo direito penal, mormente porque a intervenção penal somente se justifica quando os demais ramos do direito são insuficientes para a solução do litígio. Ademais, como decorrência lógica da proporcionalidade, deve-se verificar se a tipificação penal de uma conduta que, em tese, lese um bem jurídico, implica um custo desproporcional à liberdade do indivíduo. O bem jurídico, portanto, representa o padrão crítico de

²⁵⁶ BRANDÃO, Cláudio. Bem Jurídico e Norma penal: A função da antinormatividade na teoria do crime. In: **Revista Delictae**, volume 3, nº. 4, Jan-jun/2018, p. 07-45, p. 39.

²⁵⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM**, n. 53, v. 13, 2005, p. 9-37, p. 18.

²⁵⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 202.

²⁵⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 196.

proporcionalidade, mas para tanto não deve ser considerado unicamente tal como se encontra previsto na Constituição, mas também deve ser considerado seu aspecto de síntese normativa de interesse individual ou social.²⁶⁰

O bem jurídico e a norma, por conseguinte, são indissociáveis. A maior importância de uma teoria do bem jurídico é identificar materialmente o que cada norma penal protege efetivamente. Sendo assim, a identificação do que é realmente protegido pela norma penal permite o questionamento da própria norma. Nesse passo, Bustos Ramírez exemplifica a realidade da punição das mulheres que cometiam adultério no Código Penal Espanhol. Essa punição era mascarada sob a justificativa de que a norma protegia a identidade da família, entretanto, o reconhecimento dos direitos das mulheres revelou que o que a norma sempre protegeu foi uma intolerável discriminação em relação ao homem.²⁶¹

O bem jurídico tem sua origem na base social e nos processos interativos que ocorrem dentro da sociedade. Em um estado democrático de direito, portanto, o bem jurídico que merece proteção está sujeito à rediscussão democrática, o que faz com que tenha um caráter dinâmico. Nesta senda, Bustos Ramírez entende que os bens jurídicos são relações sociais concretas, ou seja, relações entre pessoas que adquirem o significado de bem jurídico enquanto confirmadas pela norma.²⁶² Considerando as relações sociais concretas, os bens jurídicos não são, nem socialmente nem historicamente, estáticos. Ao contrário, são dotados de mutabilidade, evidenciada na medida em que os bens se tornem fundamentais e essenciais para o indivíduo. Logo, o conceito de bem jurídico não pode ser fechado. Se assim o fosse, estaria comprometida a sua “função político-criminal nos movimentos de criminalização e descriminalização, no âmbito das reformas penais.”²⁶³

Para que se evite uma aplicação expansiva e disfuncional do direito penal é necessário o estabelecimento do conteúdo do bem jurídico e dos mecanismos de sua eleição como passível de proteção penal. O ideal é que fossem eleitos aqueles mais universais e democráticos possível. A partir dessas premissas, é que se pode utilizar o bem jurídico na valoração do comportamento delitivo. Assim, o bem jurídico não pode ser considerado tão somente como um valor ou

²⁶⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 201.

²⁶¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Vol. I. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Colección Estructuras y Procesos. Madrid: Trotta, 1997, p. 57.

²⁶² BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Vol. I. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Colección Estructuras y Procesos. Madrid: Trotta, 1997, p. 58.

²⁶³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades**. IBCCrim. n. 1. Maio-agosto 2009, p. 21.

interesse encontrado no tipo penal, sob pena de não se averiguar, no caso concreto, se houve uma lesão ao bem significativa o suficiente para a intervenção penal. Dito de outro modo, a incompreensão do bem jurídico em seu sentido político-criminal de garantia, além de obstar a contenção da intervenção penal em abstrato, trará consequências graves para a análise efetiva da necessidade de intervenção penal no caso concreto, eis que será também equivocada, conseqüentemente, sua aplicação na interpretação da estrutura do delito.²⁶⁴

Em uma visão crítica do bem jurídico, Tavares afirma que

O bem jurídico não se confunde, assim, nem com os interesses juridicamente protegidos, nem com um estado social representativo de uma sociedade eticamente ideal, nem ainda com mera relação sistêmica e nem pode ser identificado como uma função, integrada ao fim de proteção da norma.

Bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social e nesse sentido pode ser entendido como um dado da pessoa, que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes.²⁶⁵

Complementa ainda o autor que a identificação do bem jurídico como objeto de preferência do sujeito cumpre sua função delimitadora da incriminação. Isso quer dizer que a legitimidade da atuação estatal, no exercício de proteção, está vinculada a que a atuação do Estado se faça necessária para impedir a interferência de outrem no exercício de direitos do próprio indivíduo, mas isso não significa que a utilização da pena esteja legitimada e só se justifica nos casos de extrema necessidade. Portanto, a noção de bem jurídico não pode ser posta como legitimação da incriminação, mas como forma de limitação do poder punitivo irracional.²⁶⁶

Assim, inegável a relevância de uma teoria do bem jurídico que possa nortear não somente o legislador nos processos de criminalização, mas, principalmente, o julgador na análise de efetiva lesão ao bem jurídico no caso concreto, a fim de que se evite os efeitos nefastos da intervenção penal, quando outros ramos do direito puderem oferecer uma resposta satisfatória. Nas palavras de Schünemann, o princípio da proteção dos bens jurídicos não pode ser combatido com a tão difundida crítica semântica, no sentido de que não há clareza acerca do conceito de bem jurídico, não passando de um conceito vazio, o que o tornaria metodologicamente inutilizável. Isso porque essa crítica parte de um equivocado pressuposto de que o conceito de bem jurídico deveria ser determinado conforme uma definição

²⁶⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 201-202.

²⁶⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 213.

²⁶⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 216.

classificatória. No entanto, muito embora o conceito de bem jurídico seja carecedor de uma definição precisa, o princípio de proteção de bens jurídicos é passível de concretização, uma vez que pode ser orientado pelas garantias fundamentais do cidadão em um estado democrático de direito.²⁶⁷

Como vimos, em que pese não haja um conceito estabelecido de bem jurídico, seu significado está imbrincado com a norma penal, uma vez que a afetação do bem jurídico confere substância e determina o alcance da norma. Desse modo, a teoria do bem jurídico apresenta considerável relevância a este trabalho dada a sua íntima relação com a insignificância, justamente porque são consideradas insignificantes aquelas condutas que não apresentem efetiva lesão ao bem jurídico no caso concreto. O bem jurídico instrumentaliza e dota de eficácia o princípio da lesividade. Somente havendo lesão significativa ao bem jurídico há a presença do outro (alteridade) e, conseqüentemente, um conflito humano, o que possibilita a intervenção do direito penal, sem esquecermos que o bem jurídico não legitima a incriminação, mas a limita.²⁶⁸

4.2 Crime de roubo: elementares do tipo e bens jurídicos protegidos

De uma simples leitura da organização do título II - Dos crimes contra o patrimônio, da parte especial do Código Penal de 1940, verificamos uma imensa quantidade de crimes patrimoniais existentes em nossa legislação penal. Nota-se também, não somente a considerável quantidade de normas de conduta, os chamados preceitos primários, que formam os mandados e proibições, como também é de fácil constatação o rigor dos preceitos secundários (a sanção, a pena cominada), o qual, segundo Alamiro Velludo Salvador Netto, acaba redundando em um excessivo punitivismo concreto desses chamados crimes contra o patrimônio, de maneira que, não raras vezes, não permitem alternativas em sua punição que não a aplicação de penas privativas de liberdade. Ainda segundo o autor, as normas de proibição dos crimes patrimoniais “apresentam um *déficit de maleabilidade* do conteúdo do proibido, ao não permitirem a exclusão de delitos nas hipóteses em que, e.g., não se verifique um real e efetivo prejuízo patrimonial”, que contraria com o compromisso que deve assumir o direito penal como *ultima*

²⁶⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM**. n. 53, v. 13, 2005, p. 9-37, p. 17.

²⁶⁸ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 63.

ratio, qual seja a diminuição do fenômeno jurídico da criminalização, abstrata e concretamente.²⁶⁹

A conduta típica do crime de roubo, nos termos do artigo 157, *caput*, do Código Penal, consiste em subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante violência à pessoa ou grave ameaça, ou depois de haver, por qualquer meio, reduzido a vítima à impossibilidade de resistência.²⁷⁰ Nelson Hungria afirma que “o roubo não é mais que o furto *qualificado* pelo emprego de violência, física ou moral, contra a pessoa, ou de qualquer outro meio para reduzi-la à incapacidade de resistência”.²⁷¹ Portanto, trata-se de crime material e, conforme entendimento doutrinário, complexo, que protege dois bens jurídicos, patrimônio e integridade física ou psicológica da vítima. Assim, exige a presença de dois resultados naturalísticos, quais sejam a diminuição do patrimônio da vítima, por meio da subtração e a ofensa à sua integridade física ou liberdade, através de violência ou grave ameaça.²⁷²

No que tange à subtração, Heleno Fragoso define a subtração como o rompimento do poder de fato alheio sobre a coisa e o estabelecimento de um novo. É, portanto, um pressuposto do fato que o agente não tenha a posse ou não possa dispor livremente da coisa.²⁷³ No mesmo sentido, Christiano Fragoso e Patrícia Gliocche ensinam que, excluídas as ficções do direito civil, o objeto material deve ser um bem ou coisa móvel, que, de fato, possa ser movida de um lugar para outro, são “os bens suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômica”, como estabelece o Código Civil em seu artigo 82, de modo que bens imóveis não podem ser objeto de furto ou roubo.²⁷⁴ Em outras palavras, para o Direito Penal, “é indispensável que o objeto da conduta seja um bem corpóreo ou que, ao menos, seja e esteja fisicamente apreensível”, caso contrário não podem ser objeto de furto ou roubo.²⁷⁵ Além disso, o objeto do crime de roubo (e também do furto) tem que ter

²⁶⁹ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

²⁷⁰ BRASIL. Código Penal.

²⁷¹ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, vol. VII, Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 51.

²⁷² CARDOSO, Danielle Martins. Roubo e insignificância penal. In: TOLEDO, Armando (coord.). **Direito penal**: reinterpretação à luz da Constituição: questões polêmicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 172.

²⁷³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. São Paulo: Forense, 1985, p. 191.

²⁷⁴ FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 59-60. Sobre ao assunto, os autores destacam o art. 79 do Código Civil, que estabelece que são imóveis “o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”; portanto a árvore, o arbusto, a planta rasteira, ainda quando resultantes do trabalho do homem, são imóveis por natureza. Destaca, entretanto, que os Tribunais tem aceita árvores extraídas do solo ou frutos de árvores como objeto de furto como se depreende dos citados julgados RT 581/411, RTJ 86/791. Assim, conclui que a planta (ainda que de grade proporção), cultivada em vaso, não é bem imóvel.

²⁷⁵ FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 61.

valor econômico apreciável, não podendo ser considerado crime contra o patrimônio, por exemplo, a subtração da única fotografia do filho, ainda que promova profunda tristeza em seu pai. A conduta não está tipificada penalmente, sendo cabível, por outro lado, a reprimenda extrapenal, de modo que somente criando um novo tipo penal se poderia criminalizar esta conduta.²⁷⁶

Classificado como crime complexo, o roubo tem como elementos constitutivos, fatos que por si sós constituem crimes, sendo natural a violação de mais de um bem jurídico, dentre eles o patrimônio, pela violação a aspectos da propriedade, da posse e da detenção legítima. O outro elemento constitutivo do crime de roubo é o emprego da violência que afeta a integridade corporal e a violência ou grave ameaça que afetam a liberdade individual. Além disso, se a violência for seguida de morte, tem-se a vida como bem jurídico violado.

O conceito de violência deve ser estabelecido com clareza para evitar que hipóteses de furto sejam indevidamente assimiladas ao roubo, tarefa que coube à doutrina, uma vez que a lei penal vigente não conceitua violência.²⁷⁷ Fragoso e Gliocche definem violência como o emprego de força física, para vencer resistência real ou suposta. E pode se dar na forma de violência pessoal quando atinge a pessoa ou de violência real quando atinge a coisa. Apenas na primeira hipótese se configura a violência para caracterizar o meio de execução do crime de roubo. Assim, somente haverá violência contra a pessoa quando o agente emprega força física sobre o corpo de alguém, idônea para materialmente cercear sua liberdade de agir segundo sua vontade, sendo, entretanto, indiferente se houve emprego da própria força ou de outros agentes, exceto para eventual hipótese de majorante ou agravante. Nesse ponto, importante salientar que não se exige que a violência seja irresistível, bastando que seja idônea para atingir o fim visado pelo agente. Também necessário registrar que não há violência sem o dissenso da vítima.²⁷⁸

Para Hungria, qualquer violência física, ainda que sem dano à integridade corporal, até mesmo as vias de fato (tolher os movimentos da vítima, amarrá-la, amordaça-la, encerrá-la)²⁷⁹ pode configurar a violência no crime de roubo, não sendo necessário que a violência sequer conduza à lesão corporal leve. Se, todavia, ocorre lesão corporal grave ou morte, o delito estará

²⁷⁶ FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 63.

²⁷⁷ FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 156.

²⁷⁸ FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, pp. 156.

²⁷⁹ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, vol. VII, Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 54.

qualificado, como prevê o artigo 157, §3º do Código Penal.²⁸⁰ Entretanto, parece-nos que essa não é a melhor interpretação para a elementar violência, uma vez que contraria toda a sistemática de um direito penal fundado em valores constitucionais. Entendemos que a via de fato ou qualquer violência que não afete o bem jurídico foge do âmbito de proteção da norma penal que visa proteger a integridade física da vítima, não podendo, portanto, se caracterizar o roubo nessa hipótese. Uma interpretação do tipo penal em confronto com os princípios constitucionais da proporcionalidade, intervenção mínima e lesividade não permite que qualquer via de fato seja tratada como violência hábil a afetar o bem jurídico de forma significativa.

Moreira, Pessoa e Raiol, analisando o enunciado proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 107.147/MG, relatado pela Ministra Rosa Weber²⁸¹, verificaram que o entendimento da Suprema Corte se alinha à doutrina de Hungria, no que tange a vias de fato ser considerada violência suficiente para se enquadrar como elementar do crime de roubo. Ao analisarem criticamente o julgado, entenderam que as reiteradas decisões dos Tribunais Superiores cometeram um grave equívoco na análise dos casos denunciados como roubo, cuja execução houve o emprego de vias de fato e não de violência contra a pessoa, explicando que tais decisões transferiram a verificação de uma “contravenção finalisticamente situada no plano analítico das condutas concomitantes meios, integradas ao conceito de dolo, para recolocá-la no plano da circunstância elementar configuradora do crime de roubo.”²⁸² Pode-se extrair dessa decisão, portanto, uma interpretação eminentemente formal do tipo, um juízo de mera subsunção do fato à norma, que desconsiderou que a tipicidade não prescinde de afetação significativa do bem jurídico.

Na verdade, o entendimento defendido pela Ministra Rosa Weber no HC 107.147/MG, reitera um entendimento já consolidado nos tribunais superiores²⁸³, segundo o qual a contravenção vias de fato consubstancia a circunstância elementar do crime de roubo, descrita no art. 157 do Código Penal Brasileiro, como violência à pessoa. Segundo este entendimento,

²⁸⁰ § 3º Se da violência resulta:

I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa;

II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 107.147/MG**. Primeira Turma. Relatora: Ministra: Rosa Weber. Minas Gerais, 27 de abril de 2012. Disponível em: stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21555857/habeas-corpus-hc-107147-mg-stf/inteiro-teor-110375714?ref=juris-tabs. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

²⁸² MOREIRA, Luiz Fonseca; PESSOA, Fátima Cristtina da Costa; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. A vias de fato como elementar do crime de roubo e os desvios do STF. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 18, n. 02. p.147-168, abr./jun.2019. p. 149.

²⁸³ Cite-se, como exemplo, o seguinte julgado: STJ, AgRg no HC 561.498/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 26/08/2020.

a imputação de furto deve ser afastada, ainda que a conduta conscientemente dirigida a subtração da coisa alheia móvel seja realizada mediante vias de fato. Portanto, a expressão “violência à pessoa”, descrita no art. 157 do CP, tem o seu sentido deturpado, pois o crime de furto é deliberadamente convertido em crime de roubo, retirando do acusado o direito subjetivo de responder penalmente pelo crime de furto e lhe imputando pena mais grave.²⁸⁴ Em sentido diverso do que defendemos, temos a lição de Nucci, segundo o qual

qualquer tipo de violência incidente sobre a pessoa humana, com a finalidade de levar-lhe os pertences, configura o roubo, e não um simples furto. Ainda que a violência seja exercida sobre a coisa, se de algum modo atingir a pessoa (lesionando-a ou não), existe roubo. O tipo penal do furto é bem claro, prevendo conduta livre de qualquer violência (uso de força ou coação) contra a pessoa humana, enquanto o tipo do roubo inclui tal figura. (...) A violência não tem graus ou espécies: estando presente, transforma o crime patrimonial do art. 155 para o previsto no art. 157.²⁸⁵

Entendemos, contudo, que essa visão eminentemente formalista, que descarta da afetação do bem jurídico para caracterização da tipicidade, desvirtua o estado democrático de direito. As vias de fato²⁸⁶ são infrações penais que ofendem a incolumidade física, consubstanciada na ação agressiva conscientemente dirigida contra a pessoa, mas que não produz ofensa à integridade física ou à saúde de alguém capaz de configurar a violência que trata o crime de roubo. Podemos citar como exemplo de vias de fato o empurrão, o puxão de cabelo, o ato de rasgar a roupa, desferir pontapé, ou arremessar objetos causando apenas dor ou eritemas.²⁸⁷ Considerando a baixíssima lesividade ao bem jurídico, Greco²⁸⁸, inspirado nas lições garantistas de Ferrajoli, propõe a abolição das contravenções penais e, nesse contexto, defende que as vias de fato devem ser afastadas como elementos integrantes da definição do crime de roubo.

Nesse passo, cabe destacar que o crime e a contravenção se distinguem pela gravidade da lesão que produzem aos bens juridicamente tutelados pelo direito penal, bem como pelas penas a eles aplicadas. A contravenção é uma infração penal de menor gravidade, com punição

²⁸⁴ MOREIRA, Luiz Fonseca; PESSOA, Fátima Cristtina da Costa; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. A vias de fato como elementar do crime de roubo e os desvios do STF. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 18, n. 02. p.147-168, abr./jun.2019, p. 149.

²⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 755.

²⁸⁶ As vias de fato estão dispostas no artigo 21 do Decreto 3.688/41, mais conhecido como Lei das Contravenções Penais: Art. 21 - Praticar vias de fato contra alguém: Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa, se o fato não constitui crime.

²⁸⁷ MOREIRA, Luiz Fonseca; PESSOA, Fátima Cristtina da Costa; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. A vias de fato como elementar do crime de roubo e os desvios do STF. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 18, n. 02. p.147-168, abr./jun.2019, p. 156.

²⁸⁸ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

menos gravosa que o crime e que enseja punição menos rigorosa, o que se observa, por exemplo, na diferença entre as vias de fato e o crime de lesão corporal leve tipificado no *caput* do artigo 129 do Código Penal.²⁸⁹ Nesse sentido, afirmam Moreira, Pessoa e Raiol que

A pena imposta à prática do crime de furto é reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Por sua vez, a pena imposta ao crime de roubo é reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. A simples observação das respectivas penas demonstra que a diferença entre os limites mínimo e máximo oscilam entre 3 (três) e 6 (seis) anos de reclusão, nas cominações punitivas a essas duas figuras delituosas, respectivamente. Em contraste a essa previsão punitiva, a pena da Vias de fato é prisão simples que varia entre de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa, se o fato não constitui crime.²⁹⁰

Ocorre, porém, que o STF e STJ pacificaram o entendimento de que o roubo mediante violência à pessoa se caracteriza com a “simples ocorrência de vias de fato, sendo desnecessária a ocorrência de lesão corporal”.²⁹¹ Em expressa afronta ao princípio da legalidade, à medida que amplia o alcance ontológico do crime de roubo e suprime o direito subjetivo do agente ser sentenciado pelo crime de furto, essa visão jurisprudencial firma a contravenção como uma circunstância elementar do crime de roubo.²⁹² Desse modo, patente a desproporcionalidade

Entretanto, as vias de fato não se confundem com a circunstância elementar do crime de roubo, descrita no artigo 157 do CP, como “violência à pessoa”, constituída como elemento objetivo do tipo, configurando uma circunstância objetiva capaz de produzir lesão corporal à vítima da subtração da *res furtiva*. Ocorre que a ideia de vias de fato como elementar do crime de roubo tem servido de base para orientar e justificar decisões de instâncias inferiores, tendo como postulado o que tem sido decidido pelo STF. Daí porque deve ser considerada arbitrária toda decisão que não é devidamente fundamentada de acordo com o caso concreto.²⁹³ Logo, quando o agente subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, com o emprego de violência sem que, todavia, ocorra lesão corporal ou sem que se atinja de forma relevante a

²⁸⁹ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

²⁹⁰ MOREIRA, Luiz Fonseca; PESSOA, Fátima Cristtina da Costa; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. A vias de fato como elementar do crime de roubo e os desvios do STF. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 18, n. 02. p.147-168, abr./jun.2019. p. 157.

²⁹¹ Podemos citar como exemplos os seguintes julgados: STF - HC: 107147 MG, Relator: Min. Rosa Weber, J.: 17/04/2012, 1T, DJe-085 DIVULG 02-05-2012 PUBLIC 03 - 05 -2012; STF - HC: 98710 RS, Relator: Min. Joaquim Barbosa, J.: 26/04/2011, 2 T, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00073; e STJ - AgRg no AREsp: 256213 ES 2012/0241126-7, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, J.: 28/05/2013, T5 – Dje: 10/06/2013.

²⁹² MOREIRA, Luiz Fonseca; PESSOA, Fátima Cristtina da Costa; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. A vias de fato como elementar do crime de roubo e os desvios do STF. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 18, n. 02. p.147-168, abr./jun.2019. p. 157-158.

²⁹³ MOREIRA, Luiz Fonseca; PESSOA, Fátima Cristtina da Costa; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. A vias de fato como elementar do crime de roubo e os desvios do STF. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 18, n. 02. p.147-168, abr./jun.2019. p. 166.

integridade física de alguém, o mais adequado tecnicamente seria conceber a vias de fato como conduta concomitante meio, integrada ao conceito de dolo, imputando-se, portanto, o crime de furto.²⁹⁴ Solução semelhante é dada pelos Tribunais Superiores para os chamados furto por arrebatamento, o qual é reconhecido nas hipóteses em que o agente emprega violência sobre a coisa subtraída e não sobre a pessoa.²⁹⁵

A ameaça, por sua vez, se destina a perturbar, pela intimidação, a liberdade psíquica e a tranquilidade da vítima.²⁹⁶ Tida como elementar ou condição de maior punibilidade de numerosos delitos, a ameaça é a revelação do propósito de causar um mal presente ou futuro, cuja superveniência dependerá da vontade do agente.²⁹⁷ Para a configuração do crime de roubo com emprego de ameaça, esta só se considera meio idôneo se se tratar de ameaça grave, que se relaciona com o mal relevante e considerável, considerando as condições peculiares da pessoa ameaçada. De modo que, ainda que usada para a subtração de coisa alheia, uma ameaça que não seja grave, não é apta a configurar o roubo, sendo possível que se enquadre na hipótese de outro delito contra o patrimônio como o furto, apropriação indébita ou estelionato.²⁹⁸ Delmanto, a esse respeito, afirma que “o temor da vítima deve ser produzido pelo agente, de modo que, se o ofendido ficar atemorizado por motivos estranhos ao agente, não há que se falar em roubo, mas sim em furto.”²⁹⁹ Sobre a ameaça, elucidativa é a lição de Juarez Tavares:

voltando ao exemplo do crime de ameaça, esse só deve adquirir relevância penal quando o sujeito passivo efetivamente tome como séria a promessa de que será vítima de um mal injusto e grave. Caso o sujeito passivo não se importe com a ameaça, ou a leve de brincadeira, essa condição impede o exercício de um juízo de antinormatividade sobre a conduta do autor. Essa exigência para a configuração do crime de ameaça é consequência da aplicação do princípio constitucional da ofensividade, que insere, aqui, como condição da tipicidade a ocorrência de uma situação de perigo concreto para a liberdade individual. Nesse exemplo, em que a tipicidade só estará preenchida sob o pressuposto do dissenso do titular do bem jurídico, se torna mais do que evidente a ilegitimidade da proibição de fatos de simples expressão. Como o direito penal não se satisfaz com a proibição do comportamento como tal, mas, sim, apenas quando o vincule a uma lesão ou perigo concreto de lesão

²⁹⁴ MOREIRA, Luiz Fonseca; PESSOA, Fátima Cristtina da Costa; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. A vias de fato como elementar do crime de roubo e os desvios do STF. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 18, n. 02. p.147-168, abr./jun.2019. p. 166.

²⁹⁵ Ver STJ, **AgRg no AREsp 1604296/MG**, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020.

²⁹⁶ FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 161.

²⁹⁷ Pode o mal consistir em dano ou perigo. Nosso Código Penal não especifica qual deve ser o conteúdo do mal ameaçado, cingindo-se a indicar que deve ser grave. FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 161.

²⁹⁸ FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 161-162.

²⁹⁹ DELMANTO, Celso, et.al. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 570.

do bem jurídico, não haverá crime de ameaça no simples anúncio de inflição de malefício na vítima.³⁰⁰

Nesse sentido, vale mencionar que pode a ameaça ser praticada por palavra, escrita ou gesto. Servindo-se o agente de qualquer meio para a manifestação do pensamento pode servir para caracterizar a ameaça, de modo que pode ser verbal, quando feita por palavras, ou real, quando por meio de gestos que demonstrem de forma inequívoca a vontade do agente (ex: apontar arma de fogo). Em qualquer dos casos, é irrelevante possibilidade de fuga.³⁰¹ Quando empregada no roubo, pode a ameaça se dirigir contra a vítima ou contra terceiro e não se refere apenas ao dano à integridade corporal ou à vida, podendo se referir a qualquer bem ou interesse jurídico, de natureza material ou moral.³⁰² Fragoso assevera ainda que a ameaça deve ser de tal forma aterradora que exclua completamente a vontade, operando como coação absoluta.³⁰³ Portanto, a arma simulada (ou arma de brinquedo) e os disparos de pólvora seca são meios idôneos para ameaçar, porque são ameaças sérias e não se exige o propósito de concretizar a ameaça, sendo suficiente que “seja idônea para constranger e intimidar, tendo-se em vista as circunstâncias do caso concreto, e que o agente tenha consciência de tal idoneidade.”³⁰⁴

O *caput* do artigo 157 do Código Penal prevê ainda que, além da violência e da grave ameaça, haverá roubo na hipótese em que o agente subtrai a coisa “depois de havê-la (a vítima), por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”.³⁰⁵ Aqui, entram em consideração quaisquer meios que possam suprimir totalmente a possibilidade de a vítima resistir, tais como a utilização de anestésicos, narcóticos, álcool ou até a hipnose. Essa impossibilidade de resistência tem que ser provocada pelo agente, caso contrário, não há roubo, mas furto.³⁰⁶ Importante ressaltar que o tipo deve ser interpretado teleologicamente, não bastando a constatação de que a conduta preenche formalmente o tipo penal, sendo necessário que essa conduta represente uma ofensa grave ao bem jurídico protegido pela norma.

³⁰⁰ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 275-276.

³⁰¹ FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 163.

³⁰² A ameaça pode surgir combinada com a violência, quando o agente, por exemplo, ameaça prosseguir com um espancamento. FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 161-162.

³⁰³ FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 163.

³⁰⁴ FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 162.

³⁰⁵ BRASIL. Código Penal. Art. 157.

³⁰⁶ FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 164.

4.3. A preponderância do juízo subsuntivo e da tipicidade formal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise dos casos sobre a aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo

O princípio da insignificância incide sobre crimes que, embora sejam adequados à descrição típica, não afetam de forma significativa os bens jurídicos protegidos. Nessa senda, funciona como um instrumento judicial de interpretação restritiva para descriminalizar condutas que não resultam em ofensa real aos bens jurídicos tutelados. Sendo o crime de roubo considerado um crime complexo, composto por descrição que se amolda ao tipo penal de furto, bem como aos tipos de lesão corporal, ameaça ou constrangimento ilegal, passaremos a analisar como o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado a matéria acerca da aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo.

Vale registrar, inicialmente, que no HC 84.412/SP, onde o STF elencou os critérios para reconhecimento da insignificância, afastou a tipicidade no caso de um crime contra o patrimônio (furto). E as decisões que envolvem aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto são bastante frequentes. Outrossim, o próprio STF já aplicou a insignificância a crimes de lesões corporais dolosas.³⁰⁷ Isso demonstra que a insignificância já foi reconhecida pelo Supremo em lesões aos bens jurídicos protegidos pelo crime de roubo.

Nesse contexto, foi realizada pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), utilizando-se as variáveis “insignificância” e “roubo”, que correspondem ao recorte temático deste trabalho. Na pesquisa, observou-se a presença de 27 acórdãos, julgados entre 2005 e 2021, divididos da seguinte forma: 16 Habeas Corpus (HC), 07 Recursos Ordinários em Habeas Corpus (RHC), 02 Agravos de Instrumento contra descabimento de Recurso Extraordinário (AI), 01 Recurso Extraordinário (RE) e 01 Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (ARE). Os dados revelam que o Habeas Corpus é o meio mais utilizado em busca do reconhecimento da insignificância em crime de roubo.

Desses casos, nenhum foi examinado pelo Pleno, havendo 16 decisões emitidas pela Primeira Turma e 11 decisões pela Segunda Turma. Merece ainda anotar que das 27 decisões encontradas, 14 foram indexadas incorretamente, pois algumas se tratavam do crime de roubo,

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 95.445/DF**, Segunda Turma, rel. Min. Eros Grau, j. 02.12.2008.

mas sem avaliar a questão da insignificância, restringindo-se a avaliar o momento consumativo ou questões referentes à prisão preventiva (é o caso do HC 92372/DF, HC 117440/SP e RHC 142712/SP). Outras decisões tratavam de outros crimes, como furto ou receptação (HC 93768/RS; HC 92628/RS; HC 108946/RS; HC 111608/RS; HC 111035/RS; RHC 115226/MG; RHC 113773/MG; HC 135674/PE; HC 142374 AgR/MG; HC 127156 AgR/MG; HC 95174/RJ e HC 111198/MG).

Dentre as decisões que cuidavam de roubo: nenhuma delas reconheceu a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo. Além disso, apenas duas delas fazem menção aos critérios elencados pelo próprio STF em 2004, no HC 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Foi a decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli, no HC 97190/GO e a proferida pela Ministra Ellen Gracie no HC 96671/MG. No primeiro, a menção foi ao critério do reduzido grau de reprovabilidade, enquanto que o segundo se resume a afirmar que não estão presentes no caso os vetores do HC 84.412/SP. Todas as decisões deixaram de aplicar o princípio da insignificância sob o argumento de que se trata de crime complexo, que visa proteger não só o patrimônio, mas também a integridade pessoal, fazendo referências à própria jurisprudência do STF, sem analisar a ofensa aos bens jurídicos no caso concreto.³⁰⁸

Portanto, ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo, observamos que nos casos de crimes contra o patrimônio cometidos com violência ou grave ameaça, prevalece na jurisprudência o entendimento apriorístico de que a insignificância não é aplicável aos delitos complexos, em especial o crime de roubo, ainda que o valor subtraído tenha sido pequeno.³⁰⁹ A jurisprudência do STF é firme na posição de que a insignificância não se aplica ao crime de roubo por se tratar de crime complexo, no qual o tipo penal tem como elemento constitutivo o fato de que “a subtração de coisa móvel alheia ocorra mediante grave ameaça ou violência à pessoa, a demonstrar que visa proteger não só o patrimônio, mas também a integridade pessoal”.³¹⁰

³⁰⁸ O resultado pode ser confirmado em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=insignific%C3%A2ncia%20roubo&sort=date&sortBy=asc, com a utilização das expressões de busca “insignificância” e “roubo”.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 97.190/GO**, Primeira Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. 10.08.2010.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento em Agravo Regimental 557.972/MG**, julgado em 07/03/2006, relatado pela Desembargadora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761631/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-557972-mg>. Acesso em 23 de jul. 2021.

Assim, o que prevalece como fundamento para afastar a aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo é o fato de que se trata de crime complexo.³¹¹ Seguindo essa lógica, a afetação dos bens jurídicos tutelados pouco importa. De modo geral, verifica-se que, em se tratando do crime de roubo, o STF não considera o caso concreto³¹² para analisar a possibilidade de incidência do princípio da insignificância. A ideia de tipicidade material, nesses casos, é completamente desconsiderada, prevalecendo o juízo subsuntivo de adequação formal entre a conduta e o tipo penal abstratamente previsto. A consequência é a aplicação de penas irracionais, desproporcionais, que excedem o limite do intolerável, violando não somente os princípios da lesividade, como também os da proporcionalidade, individualização da pena e igualdade.

A fim de demonstrarmos tais argumentos, analisaremos a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 97.190/GO³¹³, que teve como relator o Ministro Dias Toffoli, o qual não admitiu a incidência do princípio da insignificância no crime de roubo, mesmo tendo reconhecido que o valor subtraído era pequeno. Em seu voto, Dias Toffoli mencionou dois precedentes do Supremo, a fim de justificar a não aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo, são eles o HC nº 96.671/MG, de relatoria da Ministra Ellen Gracie e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 454.394/MG, de relatoria do

³¹¹ A primeira decisão que enfrenta a matéria acerca da aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo é o AI 557972 AgR/MG, de relatoria da Ministra Ellen Gracie. Na decisão, embora a Ministra entenda que não houve atendimento do pressuposto recursal do prequestionamento, imprescindível para conhecimento do Recurso Extraordinário, não vislumbra viabilidade na tese, entendendo ser “inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo (art. 157, CP), por se tratar de crime complexo, no qual o tipo penal tem como elemento constitutivo o fato de que a subtração de coisa móvel alheia ocorra mediante grave ameaça ou violência a pessoa, a demonstrar que visa proteger não só o patrimônio, mas também a integridade pessoal”. (AI 557972 AgR, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 31-03-2006 PP-00033 EMENT VOL-02227-06 PP-01255 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 474-476).

³¹² Interessante é o caso do RE 454394 AgR/MG, relator Ministro Sepúlveda Pertence. No caso, o recorrente tinha sido condenado por tentativa de roubo da quantia de R\$ 11,00 (onze reais) e uma calculadora. O Ministro entendeu que para concluir pela atipicidade da conduta seria indispensável a prévia análise da legislação ordinária, o que encontra óbice na Súmula 636 do STF. Ademais, concluiu que “é da jurisprudência do Supremo Tribunal que o princípio da insignificância não se aplica ao delito de roubo (v.g. AI 557.972, 2ª T., 07.03.03, Ellen Gracie, DJ 31.03.06).”

³¹³ Esse é o julgamento onde mais houve discussão entre os ministros acerca da possibilidade ou não de aplicação do princípio da insignificância. EMENTA Habeas corpus. Penal. Crime de roubo qualificado (art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal). Inaplicabilidade. Precedentes. 1. O crime de roubo se caracteriza pela apropriação do patrimônio de outrem mediante violência ou grave ameaça à sua integridade física ou psicológica. No caso concreto, ainda que o valor subtraído tenha sido pequeno, não há como se aplicar o princípio da insignificância, mormente se se considera que o ato foi praticado pelo paciente mediante grave ameaça e com o concurso de dois adolescentes, fato esse que não pode ser taxado como um comportamento de reduzido grau de reprovabilidade. 2. A jurisprudência consolidada nesta Suprema Corte é firme no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo. 3. Habeas corpus denegado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC: 97.190/GO, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 10/08/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe. 07/10/2010. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16549274/habeas-corpus-hc-97190-go>. Acesso em 23 de jul. 2021.)

Ministro Sepúlveda Pertence. Ambos os precedentes afastam a aplicação do princípio da insignificância por se tratar o roubo de crime complexo.

No caso concreto, o paciente fora denunciado pela prática de delito de roubo em concurso de agentes, pois teria empregado grave ameaça para subtrair a quantia de R\$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos) em dinheiro da vítima. Com a prisão em flagrante, em 13.06.2002, a quantia subtraída foi totalmente devolvida. O acusado, apesar de não ostentar maus antecedentes criminais, permaneceu preso durante toda a instrução criminal, tendo sido condenado a uma pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto. A ordem foi denegada porque, mesmo tendo sido pequeno o valor, o ato foi praticado mediante grave ameaça e com o concurso de dois adolescentes, fato esse que, no entender da Corte, não poderia ser taxado como um comportamento de reduzido grau de reprovabilidade. Aqui já constatamos a primeira violação à dogmática do princípio da insignificância, uma vez que, como excludente de tipicidade, não se avalia elementos da culpabilidade para sua aplicação.

A defesa pugnou pela aplicação do princípio da insignificância, sustentando que “a quantia de R\$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos) em dinheiro revela-se insignificante sob qualquer ponto de vista na atual conjuntura da sociedade brasileira, inclusive para a parcela mais pobre da população”. Ademais, defendeu que “a conduta praticada pela acusado não se encontra revestida de repercussão social relevante, sendo certo que a resposta penal privativa de liberdade consubstancia medida desarrazoada e desnecessária no caso”.

Entretanto, em que pese a inexistência de afetação do bem jurídico patrimônio no presente caso, tendo em vista que houve grave ameaça (ameaça de morte, inclusive) para a subtração da quantia, em concurso com dois menores, entenderam os Ministros, por maioria, em denegar a ordem. Nos debates, nota-se a discussão acerca da possibilidade de aplicação da insignificância em virtude do ínfimo valor subtraído, todavia, a aplicação do princípio foi afastada porque o caso levado a julgamento se tratava de roubo, que protege mais de um bem jurídico, bem como para manutenção da jurisprudência do Supremo acerca da matéria. Em outras palavras, a capitulação jurídica atribuída aos fatos levados a julgamento foi determinante para a análise de aplicação ou não do princípio da insignificância. A tipicidade formal do crime de roubo prevaleceu.

No momento dos debates, diante da insignificância do valor subtraído, os Ministros discutiram sobre a possibilidade de tratar o caso como ameaça³¹⁴. Entretanto, parece-nos que os julgadores se viram reticentes em alterar a capitulação jurídica atribuída aos fatos, pois os fatos se subsumiam formalmente ao crime de roubo. E era o crime que estava em análise naquele momento.³¹⁵ O que podemos observar nesse caso é que o juízo de tipicidade formal foi preponderante para o julgamento. Não se levou em consideração a afetação de todos os bens jurídicos para se reconhecer a tipicidade da conduta. Esse raciocínio leva a crer que, nos casos de crimes complexos, basta a afetação de um único bem jurídico para que o fato seja típico. Inclusive, nos debates, foi sustentado pelo Ministro Ayres Britto que, embora o valor subtraído tenha sido insignificante, houve violência. E a violência passa a ser o núcleo da conduta.

Além disso, também extraímos do julgado que o princípio da insignificância somente poderia excluir todo o tipo de roubo, deixando a conduta impune. O Ministro Ricardo Lewandowski sustentou, durante os debates, que há tipos penais que o princípio da insignificância não se aplica, e o roubo seria um deles. Desse modo, seguindo esse raciocínio, podemos inferir que o princípio da insignificância não poderia desclassificar o tipo penal de roubo para ameaça. Ao que nos parece, uma vez que os fatos se amoldam formalmente ao tipo penal complexo, somente a ausência de afetação de todos os bens jurídicos tutelados justificaria a aplicação do princípio da insignificância para considerar atípica a conduta.

Entretanto, defendemos que o princípio da insignificância é um critério de interpretação restritiva do tipo penal. Não apenas para afastar a incidência completa do direito penal, mas também para que essa incidência ocorra de maneira proporcional, em respeito aos princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima. Dessa forma, a interpretação dos fatos, baseada no desvalor do resultado, critério para aplicação do princípio da insignificância, poderia levar à escolha de outro tipo penal que corresponda à lesão efetivamente verificada no caso concreto. Essa possibilidade de desclassificação do crime tem estreita relação com a forma como o princípio da insignificância é concebida sistematicamente.

Se for considerado que o princípio da insignificância atua apenas em momento posterior ao estabelecimento da tipicidade formal, para decidir posteriormente se houve ou não ataque ao

³¹⁴ A senhora Ministra Cármen Lúcia: “haveria violência, no caso”. O senhor Ministro Ayres Britto: “e o núcleo do tipo passa a ser a violência”. Marco Aurélio: “mas a violência não foi violência. Ocorreu o segundo fenômeno da cabeça do artigo 157: ‘grave ameaça’. Eles se disseram armados e subtraíram o valor que tenho como irrisório. Então, a prática ficou no campo da ameaça.” (fls. 331-332)

³¹⁵ Isso fica claro quando o Ministro Marco Aurélio afirma que “a grave ameaça, no caso, não é o tipo em discussão, nem a corrupção de menores”. A Ministra Cármen Lúcia concorda: “realmente não é”. E o Ministro Ayres Britto arremata: “vamos ficar no roubo, porque ínsita ao roubo é a violência”. (fls. 337)

bem jurídico, haveria clara limitação do espaço de atuação do juízo normativo. Em outras palavras, “o raciocínio de subsunção, nesse modelo, não desapareceria, ele seria apenas e tão somente mitigado por um juízo de tipicidade material.”³¹⁶ Desse modo, a utilização do princípio da insignificância como cláusula de atipicidade material acaba restringindo o seu alcance, implicando uma considerável limitação do espaço argumentativo do julgador.³¹⁷ Nesse sentido, Yuri Corrêa Luz afirma que

O princípio de insignificância, construído dessa forma, parece capaz apenas de “anular” algo que já está formalmente determinado. Assim, mesmo se o bem jurídico “propriedade” não é afetado, mas o “integridade física” sim, a descrição formal se mantém, e o máximo que este tipo de teoria consegue fazer é servir de argumento para uma fixação de pena perto do mínimo base. A desqualificação do crime, por sua vez, somente poderia ser proposta se a totalidade do juízo de tipicidade formal pudesse ser derrubada normativamente no plano material, o que apenas ocorreria se nenhum dos bens jurídicos do crime complexo tivesse sido relevantemente atingido. Em todos os demais casos, se partimos desse modelo, acaba-se tendo que afirmar a impossibilidade de aplicação da insignificância, posto que esta, por ser vista como mero “momento normativo” que incide como forma de relativizar o “momento descritivo”, não tem o condão de vencer as barreiras impostas por aquilo que foi determinado pelo juízo de subsunção do tipo.³¹⁸

As consequências nefastas dessa forma de raciocínio são nítidas no caso do HC 97.190/GO. O paciente acabou tendo negada a possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância por ter subtraído, mediante grave ameaça, a quantia insignificante de R\$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos) e, assim, negada a possibilidade de desclassificação do crime para o de ameaça, cujo bem jurídico teria sido, em tese, o único lesado. Diante do exemplo desse julgado, observa-se que a tendência do Supremo Tribunal Federal é a de não aplicar o princípio da insignificância ao roubo, mas sem atentar para as peculiaridades do caso concreto em relação à afetação de todos os bens jurídicos protegidos. Ademais, deve-se ressaltar que o crime de roubo é um crime contra o patrimônio. Não sendo o patrimônio efetivamente lesado, não há razão lógica, dogmática ou sistemática para se manter a aplicação da pena prevista no crime de roubo. Se o núcleo do tipo para a ser a violência, como afirmou o Ministro Ayres Britto³¹⁹, o ideal seria a aplicação de um tipo penal que protegesse o bem jurídico lesado por essa conduta.

³¹⁶ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 223.

³¹⁷ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 224.

³¹⁸ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, 2012, p. 224.

³¹⁹ Afirmação feita nos debates do HC 97.190/GO (fls. 331).

Vale notar que a aplicação do princípio da insignificância tem ampla aceitação jurisprudencial quanto ao crime de furto, ou seja, a lesão ao patrimônio pode ser considerada insignificante resultando na exclusão da tipicidade. O mesmo também acontece com os crimes de lesão corporal e ameaça. Entretanto, se o mesmo bem jurídico que foi atacado no furto ou no constrangimento ilegal ou lesão corporal, for violado pela prática de roubo, afasta-se a possibilidade de aplicação da insignificância, ou seja, afasta-se a avaliação do desvalor do resultado jurídico, sob o argumento de que o crime complexo é um novo ente criado pelo legislador que, “embora resultante da união de outras ações delitivas, não se trata de simples sobreposição de tipos penais, mas sim de um amálgama gerador de um tipo diferente, singular e indecomponível”.³²⁰ É como se a criação de um tipo complexo, por simples conveniência do legislador, tivesse o condão de destruir a lógica do sistema, de modo que todas aquelas que se amoldassem formalmente ao tipo complexo tivessem que ser punidas com a pena para ele cominada, independentemente da lesão aos bens jurídicos.

Entretanto, essa lógica não se coaduna com a dogmática jurídico-penal e com a coerência do sistema, pois, além de inobservar os princípios constitucionais da igualdade, individualização da pena, lesividade, proporcionalidade, entre outros, não se utiliza dos preceitos da dogmática no que se refere à aplicação do princípio da insignificância, desconsiderando o desvalor do resultado como critério para se afastar a tipicidade penal. E afastar a tipicidade penal, nos casos de crimes complexos como o roubo, não significa necessariamente deixar a conduta impune. Significa que a conduta deve se adequar ao tipo penal que corresponde à lesão que causou ao bem jurídico. Caso nenhum dos bens jurídicos protegidos no tipo complexo seja significativamente lesado, aí sim é de se considerar a conduta atípica. Logo, considerando o roubo, o crime só resta caracterizado quando, a violência ou a grave ameaça seja suficiente para lesionar a integridade física ou psicológica da vítima e a coisa alheia móvel subtraída seja suficiente para lesar significativamente o patrimônio. Daí a necessidade de se funcionalizar a tipicidade, para que não prevaleça o juízo de subsunção, principalmente nos casos de crimes complexos.

Nesses casos, o juízo da lesividade da conduta (desvalor do resultado) se torna ainda mais amplo, uma vez que deve ser avaliada separadamente a afetação de cada bem jurídico protegido pelo tipo penal, já que pode haver casos em que apenas um dos bens jurídicos

³²⁰ OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos Crimes Complexos. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais** - nº 4 - Jan/Jul 2002. p. 62.

protegidos seja efetivamente lesado. Assim, sendo apenas um dos bens jurídicos afetado, o conteúdo do tipo penal dito complexo não restará totalmente preenchido. Entender de forma diversa, de que basta afetação de apenas um dos bens jurídicos protegidos pelo crime complexo para que se justifique a intervenção penal, subverte toda a principiologia constitucional do direito penal, pois alarga o alcance do tipo penal, ao invés de dar-lhe uma interpretação restritiva. O alargamento do alcance do tipo penal, conseqüentemente, alarga a intervenção do Estado, que deve ser mínima.

Desse modo, em relação ao crime de roubo, tem-se que o delito somente estará caracterizado quando haja afetação de ambos os bens jurídicos tutelados, devendo ser verificada, portanto, afetação do bem jurídico patrimônio e da liberdade individual da vítima. Como explica Thiago dos Santos,

é completamente descabida, *data vênia*, a corrente – praticamente unânime, infelizmente – que sustenta a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância ao crime de roubo, pelo simples fato de este proteger, além do patrimônio, a integridade física e a liberdade individual da vítima (...) se não há lesão ao patrimônio, pode-se falar em qualquer coisa, menos em roubo. Da mesma forma, se não há ofensa à liberdade individual ou à integridade física da vítima, embora haja ao patrimônio, pode-se falar tão somente em furto, nunca em roubo.³²¹

No mesmo sentido, Mauro Aurélio Florêncio Filho afirma que, se um objeto de valor mínimo for subtraído mediante violência ou grave ameaça, estaria configurado o crime de constrangimento ilegal, não roubo.³²² Portanto, para que o delito complexo roubo se preencha por inteiro, necessário que a conduta típica afete todos os bens jurídicos que a norma penal protege, caso contrário, o agente deve responder penalmente por sua conduta, em proporção ao bem jurídico efetivamente afetado.³²³

Para que possamos chegar a essa solução, de maneira a observar a dogmática jurídico-penal e a sistematicidade, evitando os equívocos da teoria do delito que mistura subsunção e valoração (tipicidade formal e tipicidade material), deve-se partir da funcionalização da categoria da tipicidade e da teoria da imputação, que tratamos na seção 3. Essa funcionalização das categorias da teoria do delito foi proposta no contexto de conciliação entre o direito penal

³²¹ SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca dos. A aplicação do princípio da insignificância ao roubo. In: **Boletim IBCCRIM**, n. 218, 2011, p. 18.

³²² FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A aplicação dogmática do princípio da insignificância no crime de roubo. In: **Boletim IBCCRIM**, n. 217, 2010, p. 9.

³²³ SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca dos. A aplicação do princípio da insignificância ao roubo. In: **Boletim IBCCRIM**, n. 218, 2011, p. 18.

e a política criminal, criado por Roxin. A ideia de funcionalização da tipicidade é a de que a norma criminalizadora deve ser interpretada em função da lesão ao bem jurídico.³²⁴

No funcionalismo teleológico de Roxin, o tipo é então reformulado, exigindo, “ao lado da causação da lesão ao bem jurídico, que esta lesão surja como consequência da criação de um risco não permitido e da realização deste risco no resultado.”³²⁵ A ação típica, quase em sua totalidade, está vinculada a um objeto e com ele se relaciona por meio da alteração na realidade, expressada pela afetação do bem jurídico. Assim, os elementos típicos não devem ser compreendidos unicamente por sua descrição, mas também por sua valoração pela ordem jurídica.³²⁶

É por esta razão que, na lição de Juarez Tavares, o injusto não deve ser entendido como produto de uma elaboração puramente formal da norma criminalizadora, mas sim “o conjunto de caracteres que se destinam, conforme os indicadores do saber penal, a delimitar o âmbito de incidência da intervenção penal sobre a liberdade individual”.³²⁷ A tipicidade deve ser interpretada, portanto, não como a mera subsunção do fato à norma, ainda que se admita a possibilidade de correção por uma chamada tipicidade material, que consiste na verificação da afetação do bem jurídico. Vai além. A escolha do tipo penal aplicável, ou seja, a tipicidade, deve ser fruto de uma interpretação que considere os elementos descritivos e a afetação do bem jurídico ao mesmo tempo, sempre norteada pelos fins político-criminais de reduzir a intervenção penal ao seu grau mínimo.

Nessa perspectiva, ganha importante relevo a avaliação feita na ordem jurídica, pela qual se institui a necessidade de demonstrar que a conduta criou ou aumentou o risco de lesão ao bem jurídico. A avaliação da insignificância, portanto, deve se basear tanto na análise empírica do objeto quanto em sua valoração normativa, que irá indicar sua capacidade ou não de colocar em risco o bem jurídico.³²⁸ Dessa forma, como aponta Tavares, ao se referir ao que decidiu a Corte Constitucional italiana, “o juiz deve, em qualquer caso, reconstruir hermeneuticamente os tipos penais para verificar se, efetivamente, houve ou não violação do bem jurídico.”³²⁹ A avaliação da insignificância se encontra nesse momento de reconstrução

³²⁴ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 252.

³²⁵ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. In: **Revista brasileira de direito comparado**, n. 20, p. 211-283, 2003, p. 250-251.

³²⁶ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 253.

³²⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 191.

³²⁸ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 254-255.

³²⁹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 255.

hermenêutica dos tipos penais. Ao se analisar o caso concreto, deve-se verificar se houve alteração na realidade (resultado naturalístico) e se essa alteração foi capaz de colocar em risco o bem jurídico protegido.

No caso do crime de roubo, o que deve ser analisado, portanto, é se a conduta perpetrada pelo agente teve a capacidade de causar uma lesão grave o suficiente a ponto de colocar todos os bens jurídicos em risco. A análise deve ser realizada separadamente, em relação a cada bem jurídico. Isso porque, o fato de se tratar da conjugação de uma multiplicidade de lesões no mesmo dispositivo (patrimônio e liberdade), não descaracteriza o injusto originário dos delitos que o compõem (furto e ameaça ou lesão corporal). Essa conjugação nada mais é do que fruto de oportunidade legislativa, que visa a facilitação de tipificação de condutas que estão presentes isoladamente no ordenamento. Portanto, sendo de pequeno valor a lesão patrimonial e uma vez reconhecida a insignificância da lesão patrimonial, desconfigura-se o processo de imputação do crime de roubo, restando a análise unicamente das lesões remanescentes, que podem conduzir à imputação de ameaça, constrangimento ilegal ou até mesmo lesão corporal. No caso de latrocínio, o raciocínio não é diferente, caso haja insignificância da lesão patrimonial, afirma-se a imputação por homicídio, doloso ou culposos, a depender do caso.³³⁰

Com base nessas premissas, o caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 97.190/GO deveria ter reconhecido a desclassificação do crime de roubo para o crime de ameaça, uma vez que a subtração de R\$ 3,25 (três reais e vinte e cinco centavos) não coloca em risco o bem jurídico patrimônio. Sendo assim, não há nenhum óbice para o reconhecimento da insignificância em crimes complexos, ainda que seja para desconfigurar o processo de imputação para atribuir outro tipo penal que se aplique ao caso. Por outro lado, no caso de roubo, também não há nenhum óbice para reconhecimento da insignificância na conduta que não coloque em risco a liberdade ou integridade física da vítima, de modo que reste a avaliação de lesão significativa ao patrimônio.

Podemos citar como exemplo os casos de arrebatamento e do roubo de trombada. No caso do arrebatamento, o agente se dirige ao objeto a ser subtraído, não havendo violência contra a pessoa, mas contra a coisa, contra o objeto que se quer subtrair. Essa conduta de subtrair um objeto com violência, inicialmente, pode parecer que se trata de um crime de roubo. Entretanto, a violência dirigida contra a coisa não se encontra alcançada pela norma prevista no tipo penal de roubo, uma vez que não causa lesão ao bem jurídico a ponto de criar um risco

³³⁰ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 255-256.

proibido para a integridade física da vítima. Por outro lado, havendo a criação do risco ao patrimônio, estará configurado o crime de furto³³¹.

Não é diferente no caso de trombada, onde o agente utiliza do artifício para desviar a atenção da vítima para conseguir subtrair o objeto. Em um juízo puramente de subsunção do fato à norma, pode parecer que uma subtração mediante trombada caracterizo roubo, vez que a subtração seria, em tese, mediante violência. Todavia, se o tipo penal de roubo for interpretado teleologicamente, sendo considerada a finalidade da norma que visa proibir condutas que ponham em risco o patrimônio e a integridade física ou psicológica da vítima, veremos que não se trata de qualquer violência para a afetação do bem jurídico. Portanto, não havendo criação de risco para a integridade física da vítima, estará descaracterizado o crime de roubo.

Vale ainda lembrar que a concepção original do princípio da insignificância, formulado por Roxin, referia-se exclusivamente ao crime na Alemanha que é mais ou menos equivalente ao constrangimento ilegal do Código Penal brasileiro. O princípio foi então formulado como parâmetro interpretativo, juntamente com outros seis princípios, para ser usado pelos tribunais como “parte de um esquema interpretativo orientado à clarificação jurídica de um específico elemento normativo (a reprovabilidade ou *Verwerflichkeit*, no original) de um específico tipo do código penal alemão.”³³² Posteriormente, Roxin afirma ser possível a aplicação do princípio da insignificância para outros delitos. Isso demonstra que desde a concepção original do princípio, ele poderia ser utilizado para restringir crimes como o de ameaça ou de constrangimento ilegal. Portanto, não há nenhum impeditivo para se reconhecer a insignificância em um crime de ameaça ou na ameaça perpetrada para a subtração de um bem, como no caso do crime de roubo. A ameaça, nesse caso, deve ser grave, capaz de restringir a liberdade da vítima, de modo que torne-a incapaz de agir segundo a sua vontade. Não sendo grave e não colocando em perigo a liberdade da vítima, descaracterizado estaria o crime de roubo.

³³¹ O STJ tem decidido exatamente nesse sentido. A título de exemplo, vejamos: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO MEDIANTE ARREBATAMENTO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO. VIOLÊNCIA DIRIGIDA EXCLUSIVAMENTE À COISA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRADO IMPROVIDO. 1. Sendo a violência dirigida exclusivamente à coisa, limitando-se os réus “a puxar a bolsa da vítima, sem sequer esboçar qualquer ato de violência ou de grave ameaça”, e “apesar de a vítima ter sofrido lesões durante a prática delitiva, tal como alega, tais lesões foram causadas de forma indireta pelo arrebatamento da bolsa”, não há falar em desclassificação para o delito de roubo. Precedentes. 2. Agrado regimental improvido. (AgRg no AREsp 1604296/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020).

³³² DE CASTRO, Alexander. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). In: **Revista da faculdade de direito da UFMG**, n. 74, p. 39-64, 2019, p. 48.

Tendo em vista que o princípio da insignificância é critério de interpretação, um auxiliar para interpretação restritiva da tipicidade, tem por objetivo auxiliar na avaliação do fato para verificar se, efetivamente, a conduta do agente criou ou aumentou o risco para o bem jurídico (visão *ex ante*). Posteriormente, o julgador deve ainda avaliar se o risco que essa conduta criou ou aumentou se realizou no resultado (visão *ex post*).³³³ O juízo sobre a insignificância é, também, como afirma Tavares³³⁴, negativo, o que significa dizer que se a conduta do agente não criou ou aumentou o risco de afetar o bem jurídico, em virtude de não haver uma alteração relevante na realidade, a imputação estará excluída.

Desse modo, ao se utilizar o princípio da insignificância como um auxiliar de interpretação que restringe o teor literal do tipo penal de roubo, restringindo o seu alcance para que abarque unicamente o âmbito de punibilidade indispensável, de acordo com o bem jurídico afetado, estará garantida a segurança jurídica, será mantida a sistematicidade e o respeito aos princípios constitucionais que regem o estado democrático de direito e a tipicidade atingirá sua finalidade político-criminal, que é a redução da intervenção punitiva.

³³³ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 256.

³³⁴ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 256.

5 CONCLUSÃO

Há muitos anos que o princípio da insignificância tem sido invocado para solucionar casos onde a conduta se amolda formalmente ao tipo penal, mas apresenta pouca ou nenhuma lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma. Em que pese as inúmeras críticas direcionadas ao instituto, inegável sua relevância para o direito penal contemporâneo, que se fundamenta nos princípios constitucionais que regem o estado democrático de direito. O fato é que a maior problemática não se encontra no instituto, mas na forma como ele tem sido operacionalizado, muitas vezes contrariando a dogmática penal e a ideia de sistema, o que acaba gerando insegurança jurídica.

As exigências de uma sociedade complexa como a nossa, que refletem em uma concepção de direito penal como *ultima ratio*, não mais permitem uma intervenção na liberdade baseada em um sistema rígido e excessivamente formalista, calcado na aplicação da lei penal orientada pela igualdade formal. Sem abandonar a ideia de sistema e todos os avanços da dogmática, a intervenção penal deve estar em consonância com os princípios constitucionais garantidores das liberdades individuais frente ao poder punitivo do Estado. Essa é a ideia que permeia o modelo funcionalista de Claus Roxin, onde o foco da dogmática passa a ser não mais a definição de conceitos, mas a interpretação do próprio sistema jurídico penal.

Nesse sistema, as categorias do direito penal são funcionalizadas e dotadas de conteúdo político-criminal, tornando a aplicação da lei penal sistemática e com correção valorativa, afastando-se o mero juízo de subsunção do fato ao tipo penal. Desse modo, buscam-se soluções condizentes com a principiologia que fundamenta e confere legitimidade ao direito penal. É dentro desse contexto, onde a Constituição é enxergada em contraponto ao direito penal, que o princípio da insignificância ganha especial relevância, visto que propõe o afastamento da norma quando sua aplicação contrariar os princípios constitucionais.

A finalidade da aplicação do princípio da insignificância é afastar a incidência da lei penal daquelas condutas que apresentem pouca ou nenhuma lesividade ao bem jurídico. O seu fundamento de validade, portanto, se encontra nos princípios constitucionais que orientam o direito penal de um estado democrático de direito, razão pela qual ignorar sua existência significa admitir uma teoria do delito onde haja crime sem ofensa relevante ao bem jurídico tutelado, acarretando em uma intervenção penal desprovida de legitimidade e racionalidade.

Logo, ignorar o princípio da insignificância enfraquece a própria ideia de estado democrático de direito.

Para além da verificação de que o princípio da insignificância é compatível com a ideia de estado democrático, constatamos que, dentro da dogmática penal, o princípio atua não como um princípio geral, mas como um subprincípio, um critério de descriminalização dogmática, um mecanismo de interpretação restritiva dos tipos penais. Sua utilização confere racionalidade e corrige a extensão da aplicação da norma penal no caso concreto. Por interpretação restritiva, entendemos que a caracterização do tipo penal não prescinde de uma afetação relevante do bem jurídico, sem a qual a incidência do tipo penal deve ser afastada por falta de lesividade mínima da conduta.

Nesse passo, o princípio da insignificância encontra guarida no âmbito do direito penal material, na teoria do delito, como forma de exclusão da tipicidade. Em outros países, o referido princípio é operacionalizado como instituto processual, fundamentado no princípio da oportunidade. Contudo, não nos parece viável essa formulação em nosso ordenamento jurídico, em virtude dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública.

A discussão na doutrina brasileira acerca do princípio da insignificância, realmente, centra-se em qual categoria da teoria do delito deve ser excluída, se a tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade. Um das correntes defende que o princípio da insignificância exclui a culpabilidade e atua como eximente de pena. A desnecessidade de pena, portanto, seria o fundamento para reconhecimento da insignificância e não a ausência de lesão ao bem jurídico. Esse posicionamento, entretanto, confere ao princípio da insignificância um papel legitimante da pena, ao invés de reconhecê-lo como forma de reduzir a irracionalidade do poder punitivo. Além disso, o juízo de desnecessidade de pena não somente carrega o problema do subjetivismo do julgador como concentra a avaliação na pessoa do autor, o que pode dar lugar a um direito penal do autor, desvirtuando o objetivo do princípio da insignificância como limitador da intervenção penal.

Também se mostra incompatível com o objetivo do princípio da insignificância a formulação que o considera como excludente da antijuridicidade. Aqueles que defendem essa ideia, o fazem baseados no conceito de antijuridicidade material, que não pode ser admitido por violar o princípio da legalidade, ao considerar a existência de causas de justificação sem previsão legal. Outrossim, ainda que fosse positivada a insignificância como causa legal de justificação, seu âmbito de incidência seria extremamente limitado, pois estaria condicionado aos requisitos presentes na referida causa de justificação.

A superação dessas dificuldades se encontra na concepção do princípio da insignificância como excludente da tipicidade, que lhe confere maior alcance e, conseqüentemente, maior limitação do poder punitivo. Como excludente da tipicidade, a insignificância é tratada exclusivamente como qualidade própria da conduta. Desse modo, evitam-se análises sobre as condições pessoais do agente, afastando-se o perigo de um direito penal do autor. Não obstante, também evita-se a restrição de seu alcance ao ter que submeter a insignificância a uma série de requisitos legais ínsitos das causas justificadoras, bem como assegura que a conduta, ainda que penalmente irrelevante, não o seja para o direito como um todo, podendo ser regulada por outro ramo.

Muito embora essa formulação do princípio da insignificância resolva as dificuldades já apontadas e esteja em conformidade com o direito penal de um estado democrático de direito, não são poucas as objeções à utilização do instituto. A possibilidade de que sua utilização possa gerar uma sensação de ausência de tutela jurídica é uma delas. Os que tecem essa crítica não se atentam para o fato de que a aplicação do princípio da insignificância não torna o agente absoluta e irrestritamente isento de responsabilidade, pois a limitação da intervenção penal é o que se busca.

Há ainda outros que se opõem à utilização do princípio por ausência de previsão legal. Contudo, também não subsiste o argumento, haja vista que o direito penal deve ser interpretado de acordo com os princípios constitucionais e a própria Constituição Federal assegura que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros que decorram do regime e dos princípios por ela adotados (art. 5º, §2º, CF/88).

A aplicação da insignificância também é criticada por uma suposta imprecisão conceitual e teórica, o que reforçaria a insegurança jurídica e abriria espaço para o arbítrio das decisões judiciais. Essa crítica também não tem cabimento e já traz, em si, eventuais soluções para a adoção do princípio. Isso porque o problema não estaria no instituto, mas na sua imprecisão conceitual e teórica, que pode ser resolvida por meio da dogmática jurídico penal. Além disso, a suposta insegurança jurídica e o arbítrio das decisões judiciais não decorrem da aplicação do princípio da insignificância, mas sim da falta de fundamentação e da ausência de critérios objetivos para reconhecimento de uma conduta penalmente insignificante.

Talvez a maior dificuldade de aplicação do princípio da insignificância resida na ausência de uma formulação dogmática mais adequada com o princípio e nos critérios estabelecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que acabam sendo o motivo de decisões casuísticas e díspares para casos semelhantes. Nesse passo, verificamos que os vetores

elencados pelo STF no julgamento do HC nº 84.412/SP, quais sejam 1) a mínima ofensividade da conduta, 2) nenhuma periculosidade social da ação, 3) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e 4) inexpressividade da lesão jurídica provocada não oferecem uma resposta aceitável, nem dogmática nem sistematicamente, para aplicação do princípio da insignificância.

O acórdão paradigma da Suprema Corte reconheceu o princípio da insignificância como excludente da chamada tipicidade material e consignou que os referidos vetores devem ser verificados cumulativamente para reconhecimento da insignificância. Todavia, não houve conceituação ou definição sobre o que consiste cada um dos vetores indicados no julgado, o que gera enorme dificuldade na hora de sua aplicação. Ademais, patente é a incongruência entre os vetores elencados e a concepção do princípio da insignificância como excludente da tipicidade. Isso porque a exclusão da tipicidade decorre justamente da verificação de uma lesão insignificante ao bem jurídico (desvalor do resultado), mas o Supremo estabelece vetores que se relacionam com o desvalor da conduta (mínima ofensividade da conduta do agente e nenhuma periculosidade social da ação) e com a culpabilidade (reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento).

Desse modo, os critérios acabam por exigir, para reconhecimento da insignificância, que sejam verificados no caso concreto, cumulativamente, o desvalor da conduta, o desvalor do resultado e ainda o grau de reprovabilidade da conduta (culpabilidade). Contudo, sem olvidar da importância do desvalor da conduta para a incriminação, ele não é capaz, por si só, de afastar a insignificância de uma conduta que não cause lesão ao bem jurídico. Por maior que seja o desvalor da conduta, sem afetação do bem jurídico, não pode haver punição. Nada obstante, excluída a tipicidade, resta excluído o injusto, o que torna inócua qualquer verificação da culpabilidade.

Com efeito, verificou-se na pesquisa que os critérios elencados pelo STF para reconhecimento de uma conduta penalmente insignificante contrariam os fundamentos dogmáticos do princípio da insignificância, razão pela qual não se prestam para distinguir uma conduta insignificante de uma que não é. Considerar o grau de reprovabilidade do comportamento para aferição da insignificância acaba aumentando o subjetivismo e abre portas para que um direito penal do autor ganhe espaço e os direitos e garantias do cidadão sejam violados, ao ser punido por uma conduta que sequer deveria ser considerada típica.

Em verdade, é o desvalor do resultado o critério mais adequado para reconhecimento da insignificância. Desse modo, para exclusão da tipicidade, o princípio da insignificância não

considera relevante o resultado naturalístico, o desvalor da conduta e elementos externos ao tipo penal, como a culpabilidade, por exemplo. Portanto, a intervenção penal somente pode ser justificada quando, além da adequação da conduta ao tipo penal, se verifique que a conduta causou lesão significativa ou expôs a perigo o bem jurídico que legitima a norma de proteção. Ausente a afetação do bem jurídico, a norma que o tutela deve ser afastada. Nesse passo, contraria o fim do direito penal de proteção de bens jurídicos, a inclusão, no âmbito de proteção da norma, de condutas que não sejam dotadas de lesividade.

A pesquisa também demonstrou que a forma mais utilizada de operacionalização do princípio da insignificância, consistente da ideia de tipicidade formal como corretivo da tipicidade material, não se revela eficaz para atingir o objetivo de restringir a intervenção penal. Verificou-se que o juízo de subsunção como o primeiro passo do processo de imputação pode acarretar na escolha de um tipo penal cuja sanção seja desproporcional à lesão efetivamente causada, principalmente nos casos dos crimes complexos. A escolha do tipo penal aplicável ao caso deve, necessariamente, perpassar pelo juízo de desvalor do resultado, a fim de se verificar qual bem jurídico foi efetivamente lesado. No caso de tipos penais que tutelam mais de um bem jurídico (crimes complexos), não se pode considerar esse tipo penal como adequado ao caso quando somente um deles foi afetado, uma vez que a pena aplicada, ainda que em seu mínimo legal, será desproporcional.

Como critério interpretativo para redução da tipicidade penal, o princípio da insignificância deve ser aplicado na interpretação do tipo para restringir seu alcance teleológico, ou seja, para limitar o âmbito de incidência da norma penal, garantindo a limitação do poder punitivo. Portanto, quando se tratar de crime complexo, como é o caso do crime de roubo, se não houver a afetação de ambos os bens jurídicos protegidos pela norma, a incidência deste tipo penal deve ser afastada, dando lugar a outro, se for o caso. O princípio da insignificância, portanto, atua também na escolha do tipo penal aplicável ao caso concreto.

No contexto do funcionalismo teleológico, o princípio da insignificância faz parte do processo de imputação, ao passo em que substitui o raciocínio de subsunção por um raciocínio de interpretação, um raciocínio normativo, onde o bem jurídico e a norma são indissociáveis, pois aquele identifica materialmente o que esta efetivamente protege. A identificação do que realmente é protegido pela norma, portanto, permite que se delimite o seu âmbito de proibição, isto é, permite a delimitação de seu âmbito de incidência.

Assim sendo, conclui-se que a aplicação do princípio da insignificância baseada em duas etapas, que consiste, primeiro, em um juízo de tipicidade formal e, em seguida, correção

valorativa pelo juízo de tipicidade material, tem gerado uma série de equívocos pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente no que tange à sua aplicação aos crimes complexos. O que se observou da análise da jurisprudência do Supremo foi que o juízo de subsunção tem prevalecido no caso do crime de roubo, de maneira que o princípio da insignificância deixa de ser aplicado, ainda que seja ínfima a lesão ao patrimônio, sob o fundamento de que se trata de crime complexo, que visa proteger não só o patrimônio, mas a integridade pessoal da vítima.

De acordo com essa lógica do STF, infere-se que se a conduta se amoldar formalmente ao tipo penal de roubo, basta a afetação de um dos bens jurídicos protegidos para a imputação por este tipo penal. Assim, nos casos em que haja afetação de um bem jurídico, o juízo de tipicidade material, como forma de operacionalização do princípio da insignificância, tem se mostrado insuficiente para redução da tipicidade, pois tem prevalecido o juízo subsuntivo. Como consequência, a pena a ser aplicada será aquela prevista para o crime complexo, ainda que somente um dos bens jurídicos tenha sido efetivamente lesado.

Desse modo, tendo em vista que o princípio da insignificância é um critério de interpretação restritiva do tipo penal, que deve ser utilizado não somente para afastar a incidência completa do direito penal, mas também para promover racionalidade na intervenção, de modo que, quando necessária, que seja uma intervenção mínima e proporcional, conclui-se que sua incidência tem sido injustificadamente limitada pelo STF, seja porque os vetores elencados para reconhecimento de uma conduta penalmente insignificante contrariem a dogmática do princípio da insignificância, ao considerar outros elementos além do desvalor do resultado, seja porque a aplicação do princípio pelo Supremo não tem reverberado na desclassificação do crime complexo quando apenas um dos bens jurídicos seja afetado.

Com efeito, a forma mais adequada para operacionalizar o princípio da insignificância se verifica no sistema penal denominado funcionalismo teleológico, onde a tipicidade é funcionalizada para a imputação, a fim de que não prevaleça o juízo subsuntivo em detrimento do juízo normativo. Portanto, a imputação pelo crime de roubo somente ocorrerá quando a subtração de coisa alheia móvel, mediante violência ou grave ameaça, seja suficiente para causar lesão a todos os bens jurídicos, ou seja, ao patrimônio e à integridade física ou psicológica da vítima.

E essa análise deve ser realizada em relação a cada bem jurídico, separadamente, pois o delito complexo, em que pese conjugue no mesmo dispositivo uma multiplicidade de lesões (patrimônio e integridade pessoal), não descaracteriza o injusto originário dos delitos que o compõem. Assim, tratando-se de crime de roubo, inexistindo lesão significativa ao patrimônio,

por exemplo, resta desconfigurado o processo de imputação desse delito, sem prejuízo da análise das lesões remanescentes, que podem conduzir à imputação de outro delito, como ameaça ou constrangimento ilegal.

Por força dos princípios constitucionais que regem o estado democrático de direito, as discussões que permeiam a aplicação do princípio da insignificância devem receber mais atenção, não para limitar sua incidência, mas visando estabelecer suas bases materiais e possibilitar a fixação de critérios de aplicação uniformes, que confirmem racionalidade às decisões judiciais, mantendo a coerência do sistema, e alcancem o objetivo precípua do princípio da insignificância: a limitação do poder punitivo.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. Princípio da insignificância no direito penal. *In: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo*. Volume 94. São Paulo, abril/junho, 1988.

ÁLAMO, Mercedes Alonso. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. *In: Estudios penales y criminológicos*. Volume 29. Santiago de Compostela, 2009, p. 61-105.

ARMENTA DEU, Teresa. **Principio Acusatorio y Derecho Penal**. Barcela: Bosch, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Volume 103, jan./dez. 2008.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *In: Revista Liberdades*. IBCCrim. n. 1. Maio-agosto 2009.

BERNARDES, Napoleão. **Teoria e prática do princípio da insignificância**: fundamentação teórica e doutrinária, aspectos penais e processuais, jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da insignificância é um tema em construção. *In: Revista Consultor Jurídico*. 26 de julho de 2011, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jul-26/direito-defesa-principio-insignificancia-tema-construcao#:~:text=Princ%C3%ADpio%20da%20insignific%C3%A2ncia%20%C3%A9%20um%20tema%20em%20constru%C3%A7%C3%A3o,-26%20de%20julho&text=O%20princípio%20da%20insignific%C3%A2ncia%20tem,dos%20tribunais%20com%20alguma%20regularidade.&text=O%20princípio%20da%20insignific>

C3%A2ncia%2C%20ou,legitimidade%20como%20crit%C3%A9rio%20de%20interpreta%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 10 jul. 2021.

BOTTINI, Pierpaolo; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A Confusa Exegese do Princípio da Insignificância e sua Aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Volume 98. São Paulo, ano 20, set./out. 2012.

BRANDÃO, Cláudio. Bem Jurídico e Norma penal: A função da antinormatividade na teoria do crime. In: **Revista Delictae**. Volume 3, nº. 4, Jan-Jun/2018, p. 07-45.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 108528/MG, in DJ 19/07/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 107.147/MG**. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Minas Gerais, 27 de abril de 2012. Disponível em: stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21555857/habeas-corpus-hc-107147-mg-stf/inteiro-teor-110375714?ref=juris-tabs. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 121966 MG**. Relator: Ministra Rosa Weber. Data de Julgamento: 04/11/2014. Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-227 DIVULG 18-11-2014 PUBLIC 19-11-2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25321117/agreg-no-habeas-corpus-hc-121966-mg-stf>. Acesso em 21 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 66.869-1 PR**. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Data de Julgamento: 06/12/1988. Segunda Turma, Data de Publicação: DJe. 28/04/1989. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102215>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 70.747-5/RS**. Relator: Min. Francisco Rezek, Data de Julgamento: 07/12/1993, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe. 07/06/1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72653>. Acesso em 01 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.412 SP**. Relator: Celso de Mello. Data de Julgamento: 19/10/2004. Segunda Turma, Data de Publicação: 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.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 92531-6 RS**. Relator: Ellen Gracie. Data de Julgamento: 10/06/2008. Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 26/06/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535893>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 96813 RJ**. Relator: Ellen Gracie. Data de Julgamento: 31/03/2009. Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 23/04/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589385>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 96976-3 PR**. Relator: Cezar Peluso. Data de Julgamento: 10/03/2009. Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 07/05/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591355>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 97189 RS**. Relator: Eros Grau. Data de Julgamento: 09/06/2009. Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13/08/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600752>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BUSATO, Paulo César. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio de intervenção mínima. In: **Sequência**. Estudos Jurídicos e Políticos, 2011. p. 97-117.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Volume I. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Colección Estructuras y Procesos. Madrid: Trotta, 1997.

CARDOSO, Danielle Martins. Roubo e insignificância penal. In: TOLEDO, Armando (coord.). **Direito penal**: reinterpretação à luz da Constituição: questões polêmicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CEREZO MIR, José. **Derecho Penal**: Parte General. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

CORNEJO, Abel. **Teoría de la insignificancia**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997.

COSTA, Álisson Silva. Por uma reflexão constitucionalmente adequada da aplicação das normas no direito penal: os riscos da discricionariedade no contexto da insignificância. In: **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**. Volume 3. Brasília, n. 1, Jan/Jun. 2017. p. 40-60.

DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ano 4, nº 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DE CASTRO, Alexander. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). In: **Revista da faculdade de direito da UFMG**. n 74, 2019. p. 39-64.

DELMANTO, Celso *et.al.* **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. In: **Revista de Estudos Criminais**. Ano XIII, nº 57, abr./jul. 2015. p. 205-243.

EISELE, Andreas. **Direito Penal: Teoria do Delito**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. A aplicação dogmática do princípio da insignificância no crime de roubo. In: **Boletim IBCCRIM**. nº 217, 2010.

FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patricia. **Crimes de furto e de roubo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. São Paulo: Forense, 1985.

GOMES FILHO, Demerval Farias. **Dogmática Penal**. Salvador: JusPodivm, 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Critérios determinantes do princípio da insignificância**. 2004. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/crit%C3%A9rios-determinantes-do-princ%C3%ADpio-da-insignific%C3%A2ncia>. Acesso em: 01 jul. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Tipicidade penal = tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva. In: Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8383>. Acesso em: 04 jul. 2020.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. In: **Revista brasileira de direito comparado**. n. 20, 2003. p. 211-283.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. In: ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal** (org.) Tradução de Luís Greco *et. al.* São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabá. **Dogmática penal e poder punitivo**: novos rumos e definições. Curitiba: Juruá, 2001.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Volume VII. Rio de Janeiro, Forense, 1955.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: A imposição dos princípios constitucionais penais. Editora Saraiva, 2012.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Volume I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LUISI, Luiz. **O princípio da insignificância e o Pretório Excelso**. In: **Boletim do IBCCrim**, fevereiro, 1998.

LUISI, Luiz. Um discurso sedicioso: a minimização do Direito Penal. In: **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade. Volume 1, n. 2. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 35-43.

LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**. Volume 8, 2012. p. 203-233

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2006.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, Luiz Fonseca; PESSOA, Fátima Cristtina da Costa; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. A vias de fato como elementar do crime de roubo e os desvios do STF. In: **Revista da AGU**. Brasília-DF, v. 18, n. 02. p.147-168, abr./jun.2019. p. 149-166.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos Crimes Complexos. In: **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais** - nº 4 - Jan/Jul 2002.

PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRESTES, Cássia Vinícius Dal Carvalho Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROTH, João Ronaldo. **O Princípio da Insignificância e o Direito Penal Militar**. Disponível em: [http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/principioinsignificancia\(1\).pdf](http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/principioinsignificancia(1).pdf). Acesso em: 03 abr. 2021.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In: **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. In: **Fascículos de ciências penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, vol. 3, n. 1, p. 36-50, jan./mar., 1990.

SANTOS, Cleopas Isaías. Alguns apontamentos sobre as vinculações filosóficas e constitucionais do conceito material de crime. In: **Revista Liberdades**. São Paulo, n. 7, mai./ago., 2011. p. 77-96.

SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca dos. A aplicação do princípio da insignificância ao roubo. In: **Boletim IBCCRIM**, n. 218, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM**. n. 53, v. 13, 2005, p. 9-37.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. In: **Revista de Informação Legislativa**. ano 50, n. 197, jan./mar., 2013.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Luiz Roberto Salles. O direito alternativo e a rejeição da denúncia nos crimes de bagatela. In: **Revista Justitia**. São Paulo, n. 164, 1993.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo I. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Tomo II. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2008.