

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – 2ª TURMA

APELAÇÃO CRIME Nº XXXXXX

COMARCA : XXXXXXX

APELANTE : XXXXXXX

DEFENSOR PÚBLICO : XXXXXXX

APELADO : XXXXXXX

PROCURADORA DE JUSTIÇA : XXXXXXX

RELATOR : Des. Lourival Almeida Trindade

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. PENAL E PROCESSO PENAL. FURTO TENTADO DE PEÇAS DE ROUPAS USADAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ÍNFIMO VALOR DA *RES FURTIVA*. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

A C Ó R D Ã O

Vistos, discutidos e relatados os autos da apelação crime nº **XXXXXXXX**, em que são partes, como apelante, **XXXXXXXX**, e, como apelado, **o Ministério Público do Estado da Bahia**, **ACORDAM** os Senhores Desembargadores, componentes da 2ª Turma da Primeira Câmara Crime do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **CONHECER DA APELAÇÃO E ABSOLVER O RECORRENTE, DE OFÍCIO, nos termos do voto do Desembargador Relator.**

Sala das Sessões, 13 de março de 2012.

VOTO

Observados os requisitos de admissibilidade, **conhece-se do recurso.**

Trata-se de apelação, em a qual o recorrente porfia, só e somente, a isenção do pagamento das custas processuais, ou o sobrestamento da cobrança pelo prazo de 5 (cinco) anos, com a declaração da prescrição da obrigação pecuniária, que lhe foi cominada, em não havendo sido alterada a sua situação financeira, findo o prazo.

O apelante está sendo acusado de haver, no dia 28 de setembro de 2008, aproximadamente, à 01:00, tentado subtrair peças de roupas, estendidas, no varal de um policial militar, quando foi surpreendido pela vítima e preso em flagrante.

Pelo quanto carreado aos autos, o bom senso aponta que o caso delineado, nesta apelação, reclama a pronta aplicação, de ofício, do **princípio da insignificância.**

Pelo quanto coligido, nos autos, razões de equidade, além das melhores regras de interpretação do direito, que albergam valores da melhor justiça, sinalizam,

unidirecionalmente, no sentido da pronta aplicação do **princípio da insignificância, de conteúdo descriminalizador**, na hipótese sob deslinde, com a consequente absolvição do apelante, como, aliás, porfiou a ilustre Procuradoria de Justiça. Segundo alguns escoliastas da matéria, tal princípio deita suas nascentes na conhecida parêmia jurídica **mínima non curat pretor**, que vigorava, no Direito romano, tendo obtido foros de relevância científica, através de Claus Roxin, particularmente, entre nós, mediante Francisco de Assis Toledo, ao apregoar a sua relevância para o direito penal (Diomar Ackel Filho *in* O princípio da insignificância no direito penal. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo, São Paulo, abr./jun./1988, v. 94. p. 72).

Realce-se, de logo, que, em nossa legislação, não há critérios objetivos para a aplicabilidade do princípio da insignificância, daí, talvez, o principal óbice de sua aceitação pelos pretórios brasileiros. Doutrina e jurisprudência, malgrado isso, apontam determinados parâmetros ou vetores, a servirem de bússola aos operadores do direito, os quais, se não obrigam, orientam os aplicadores de tão importante princípio descriminalizador. Confronte-se, por exemplo, Ivan Luiz da Silva *in* Princípio da insignificância no direito penal. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 87-92. Tornou-se um clássico, de citação obrigatória, no particular, o livro de Carlos Vico Mañas: O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 150-151, para o qual o operador jurídico, ao recorrer-se a esse princípio, deverá levar, em linha de conta, de forma ponderada, a nocividade social da ofensa, acrescida de critérios de desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico, protegido pelo tipo penal, além de promover uma antecipada modulação da pena, sobretudo, fazendo uma perquirição, em derredor da necessidade de sua aplicação, sem se perder, de vista, as suas consequências para a sociedade e para o autor do delito.

Veja-se arquétipo decisório do STF, do nunca bastante citado e sobreeminente Ministro Celso de Mello, a propósito dos vetores que possibilitam o reconhecimento e a aplicação do princípio da insignificância:

EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, "CAPUT") DE CINCO BARRAS DE CHOCOLATE - "RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 20,00 (EQUIVALENTE A 4,3% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO PARA ABSOLVER O PACIENTE. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR".

(...)

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. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. **Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O FATO INSIGNIFICANTE, PORQUE DESTITUÍDO DE TIPICIDADE PENAL, IMPORTA EM ABSOLVIÇÃO CRIMINAL DO RÉU. - A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes. (HC 98152, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-03 PP-00584 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 594-602 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 416-429)

Nessa senda intelectual, mostram-se presentes, *in casu*, os vetores autorizadores da aplicação do princípio da insignificância, quais sejam, mínima ofensividade da conduta do agente; ausência de periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente e inexpressividade da lesão jurídica causada.

Consoante dilucida Júlio Dalton Ribeiro, “o princípio da insignificância é princípio jurídico do Direito Penal, reconhecido implicitamente pela Constituição brasileira (arts. 1º, III, 3º, I, II e IV, e 5º, *caput*) e ajusta-se à estrutura garantística do Estado Social e Democrático de Direito.” (Princípio da Insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho. RBCCRIM 73. p. 79).

No particular, como bem asseverado pelo Ministro ARNALDO ESTEVES

LIMA¹, “o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.”

Nesse contexto, o princípio da insignificância ostenta, como pressuposto, a utilidade penal, somente sendo idônea a intervenção penal, quando a conduta for, efetiva e socialmente, lesiva a terceiros, o que não aconteceu, nos autos, diante da pequenez e singeleza da ofensa, sublinhe-se, vero nonada jurídico.

Por sem dúvida, consoante dilucida o des. Aramis Nassif, extraído de seu voto, na Apelação Crime Nº 70019063015, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o predito princípio “serve como um instrumento de restrição à amplitude injusta do tipo penal, destinada à resposta àquelas condutas relevantes e marcadas pela nocividade ao meio social onde é praticada, assegurando e viabilizando a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade entre a pena e a gravidade do fato incriminado”.

Em adminículo, vale escandir, forte em Salo de Carvalho², que “se a função oficial (declarada) do Direito Penal passa a ser a estrita e necessária proteção do bem jurídico contra lesões ou perigos concretos de lesão, estariam excluídas por atipicidade material todas as condutas que geram dano insignificante aos valores (bens) protegidos pelos tipos penais. A tipicidade, nesse sentido, não se esgotaria no juízo lógico-formal de subsunção da conduta ao tipo legal de crime, mas, para além desta adequação necessária (requisito formal da tipicidade), o evento concreto em análise deve produzir efetiva ofensa (ou perigo concreto) ao bem jurídico protegido (requisito material da tipicidade). Resultariam atípicas, portanto, todas as condutas com baixo grau de lesividade, visto que é o bem jurídico que determina o grau e a extensão de incidência do tipo”.

Relembre-se, por todos, **Carlos Vico Mañas**, que escreveu obra clássica, sobre a matéria decidenda:

“Reafirmamos, por conseguinte, nossa posição de que o princípio da insignificância constitui 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-crimal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora, formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.” (O princípio da Insignificância como excludente da tipicidade do direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 58).

Não bastasse isso tudo, adite-se que o princípio da insignificância, em nosso ordenamento jurídico, vem conotado de proporcionalidade. A propósito, estribilha

¹ STJ. AgRg no REsp 937.755/RS

² Salo de Carvalho et al, Os critérios de definição da tipicidade material e as infrações de menor potencial ofensivo: crítica jurisprudencial e comentários à luz da Lei 11.343/06. Revista Jurídica, Ano 54. nº 346, p. 91

Cezar Roberto Bitencourt que “é necessária uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal”. (*apud* Salo de Carvalho *et al.* Ob. cit., p. 97).

Bem é de ver, portanto, que o multicitado princípio “representa o instrumento de maior força do Direito Penal contemporâneo para correção dos desvios oriundos da aplicação das leis penais ao longo do tempo e compõe a base de sustentação do chamado Direito Penal democrático³”.

Há de se sobrelevar, ainda, *ad argumentandum tantum*, a tendência, jurisprudencial e legislativa, ao reconhecimento da atipicidade, face à pouca lesividade ao bem jurídico, quanto aos delitos, cometidos contra o patrimônio público, como bem asseverado por Salo de Carvalho, Alexandre Wunderlich, Rogério Maia Garcia e Antônio Carlos Tovo Loureiro⁴:

“No âmbito dos crimes patrimoniais, a jurisprudência nacional oscila os pressupostos dependendo do bem jurídico protegido, se público ou privado. Quanto à tutela do patrimônio privado, o âmbito de incidência da causa supralegal de exclusão da tipicidade é extremamente reduzido, não sendo reconhecida a atipicidade material quando o dano é superior ao salário mínimo vigente. (...) No entanto, ao tratar do patrimônio público, a jurisprudência amplia sobremaneira os pressupostos de aplicabilidade, chegando a admitir como insignificantes lesões próximas a 15 (quinze) vezes o salário mínimo.”

É inteligível, pois, que o nosso ordenamento jurídico, além de sofrer de autêntica esquizofrenia, por não ser unívoco, mas plurívoco, distribui bondades e se mostra generoso e tolerante para com os autores de crimes, em desfavor do patrimônio público, tanto assim que, não raro, desde a esfera administrativa, reconhecem-se como antieconômicas as cobranças de dívidas que chegam ao patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Em adinículo a tal assertiva, eis os dados ofertados pelos preditos doutrinadores.

“(…) a Portaria 289/97 do Ministério da Fazenda reconheceu como antieconômico e autorizava a não-inscrição como dívida ativa da União de débitos no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) e o não ajuizamento de execuções iguais ou inferiores a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) – art. 1º, inciso I (...) e inciso II (...). Nos dias atuais, em vigor a Portaria 049/04 que determina, em seu art. 1º, novos valores para a não-inscrição de dívida ativa, estabelecendo no inciso I o valor consolidado da dívida como sendo igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais) e em seu inciso II determina o não-ajuizamento de execuções fiscais cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”. (Idem, p. 96).

Diante de tamanha liberalidade, quando se trata de lesão ao patrimônio público, mais sobradas razões de isonomia e equidade haveria para se admitir a aplicação do princípio da insignificância aos delitos, cometidos contra o patrimônio privado, cuja lesão é de menor nocividade social do que o vilipêndio à coisa pública.

³ Princípio da Insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho. Júlio Dalton Ribeiro. Ob. cit., p. 55.

⁴ Salo de Carvalho et al. Ob. cit., p.94-95.

Até porque, quando se lesiona o patrimônio público, acaba por se malferir, de morte, o povo, destinatário, por excelência, da coisa pública. Esta, ao invés de ser “coisa de ninguém”, é, antes, “coisa de todos” e assim precisa ser compreendida. Por sem dúvida, cada vez que tributos são sonegados ou mal empregados, vidas humanas padecem, na própria pele, as nefastas consequências. São crianças, sem merenda escolar, idosos, sem assistência médica, jovens, sem oportunidade de emprego, enfim, homens e mulheres afetados em sua dignidade humana. Toda essa gentilha passa a fazer parte de uma imensa coorte de excluídos, “*les exclus*”, expressão francesa, cunhada por *Lenoir*, que os definiu como “resíduos do desenvolvimento humano”. Pertencentes a um extrato populacional, privado de seus direitos econômicos, sociais, de gênero, culturais e políticos. É certo que tais vítimas da exclusão aportam uma violência cada vez mais redimensionada pela globalização. (Cássia Candra. A Tarde Cultural, 07/06/2008, p. 07).

Nessa senda intelectual, mostra-se impossível o raciocínio que tolera, com muito mais elasticidade, e, até mesmo, com maior magnanimidade, a lesão ao patrimônio público e comina rigor draconiano à aplicação do princípio da insignificância, por mais diminuta que seja a subtração ao patrimônio de particulares, via de regra, mediante conduta “delituosa”, gestada no “ventre da fome”, de uma sociedade “menos mãe do que madrasta” (José Américo de Almeida).

No caso entelado, a insignificância é flagrante. Trata-se da tentativa de subtração de peças de roupas usadas (04 camisas de malha, 01 calça jeans e 01 bermuda de tãctel), que se encontravam estendidas, no varal da vítima, e, sequer, foram quantificadas.

Chegaria a ser risível, se não fosse trágico, movimentar todo o aparato judicial para perseguir e punir um humilde e jovem rapaz, pela simples tentativa de furto de peças de roupas usadas, ou seja, por fato de inexpressiva lesão material a bem jurídico, em razão mesmo de sua leveza e insignificância. Tudo isso seria de um ineditismo, sem parelhas, a menos que se reeditasse, nos refolhos dos autos, a perseguição implacável, sofrida por **Jean Valjean, por parte do inspetor Javert, por haver subtraído um pão, como extraído das páginas imortais de “Os Miseráveis”, romance de Victor Hugo. Melancolicamente, diria Moésia Rolin, é o eterno grilheta de “uma ordem social gangrenada até o coração”⁵.**

Por sinal, a *res furtiva* antedita, sequer, possui, *in specie*, o valor sentimental do Capote, subtraído do pobre empregado de uma das secretarias de Estado, personagem do conto de Gogol, resumido topicamente:

“Em 1834 Gogol publica uma pequena novela, ou antes, um conto longo, 'O Capote', cuja repercussão ia ser bem grande na literatura russa. 'Nós todos saímos do ' Capote' – diria, mais tarde, Dostoiewski. A história é muito simples e poderá ser lembrada em duas palavras: um empregado subalterno de uma das secretarias de Estado, pobre ser obscuro a quem ninguém dava importância, voltando, certa noite, excepcionalmente tarde para casa, é despojado do capote por uns ladrões. Para qualquer outro, o

⁵ Acusação do Assistente de Promotoria *in* LIMA, Carlos de Araújo. Os grandes processos do júri. 5.ed. rev. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, v.1, p.78

fato seria insignificante; para ele significa uma calamidade. E vem, então, a odisseia do pobre diabo a se queixar à polícia, sem que lhe dispensem a menor atenção, a reclamar inutilmente o objeto perdido, até que, pela falta dele, vem a morrer. Seu vulto começa a aparecer pelas noites álgidas e nevoentas, nas ruas desertas de Petersburgo, a despojar os noctâmbulos dos respectivos capotes, realizando essa vingança de além-túmulo, que condiz com a tendência já revelada por Gogol, em obras anteriores, para misturar o fantástico com o real...” (Henrique de Campos in Prefácio ao livro Contos – de Gogol. Clássicos Jackson, v. XXXVII, tradução de Costa Neves. - Rio de Janeiro: São Paulo- Porto Alegre: W.M. Jackson Inc. Editores, V).

Aliás, verdade apodítica seja dita que, nos delitos de furto, o legislador não cuidou de proteger o valor sentimental das vítimas, mas, sim, erigiu, como bem jurídico, o patrimônio, tanto assim que se encontra o art. 155 inserido no capítulo I, do título II, do Código Penal (Dos crimes contra o patrimônio).

Do quanto predelineado, haverá de haurir-se conclusão desenganada da incidência, na hipótese, do princípio da insignificância.

Eis paradigmáticos julgados, na mesma diretiva, do próprio Pretório Excelso:

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA NO CASO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A questão de direito tratada neste writ, consoante a tese exposta pela impetrante na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base no princípio da insignificância. 2. Considero, na linha do pensamento jurisprudencial mais atualizado que, não ocorrendo ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, por ser mínima (ou nenhuma) a lesão, há de ser reconhecida a excludente de atipicidade representada pela aplicação do princípio da insignificância. O comportamento passa a ser considerado irrelevante sob a perspectiva do Direito Penal diante da ausência de ofensa ao bem jurídico protegido. 3. Como já analisou o Min. Celso de Mello, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP). 4. No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. 5. *Habeas corpus* concedido.

(HC 96688, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-07 PP-01249)

EMENTA: AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de roda sobressalente com pneu de automóvel estimados em R\$ 160,00 (cento e sessenta reais). Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva. Atipicidade reconhecida. Absolvição. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser afastada a condenação do agente, por atipicidade do comportamento.

(HC 93393, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 14/04/2009, DJe-089 DIVULG 14-05-2009 PUBLIC 15-05-2009 EMENT VOL-02360-02 PP-00366)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. OCULTA COMPENSATIO. 1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística. 2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a oclusa *compensatio*. A conduta do paciente não excede esse modelo. 3. A subtração de aparelho celular cujo valor é inexpressivo não justifica a persecução penal. O Direito Penal, considerada a intervenção mínima do Estado, não deve ser acionado para reprimir condutas que não causem lesões significativas aos bens juridicamente tutelados. Aplicação do princípio da insignificância, no caso, justificada. Ordem deferida.

(HC 96496, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009 EMENT VOL-02361-04 PP-00776).

Sobreleve-se, de outro ângulo de análise, ser irrelevante, para a aplicação do princípio da insignificância, o fato de o apelante responder a outras ações penais, ou não. Por sem dúvida, ainda que houvesse comprovação, nos autos, de condenação anterior, em desfavor deste, transitada, em julgado – o que não há, enfatize-se – não existiria impedimento legal para reconhecer-se a atipicidade material da conduta, agora e aqui, imputada ao recorrente.

Coerindo com tal entendimento, veja-se arquétipo decisório, da lavra do STF:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TENTATIVA DE FURTO (CAPUT DO ART. 155, COMBINADO COM O INCISO II DO ART. 14, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). OBJETOS QUE NÃO SUPERAM O VALOR DE R\$ 52,00 (CINQUENTA E DOIS REAIS). ALEGADA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL E CRIME IMPOSSÍVEL. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA, POR SE TRATAR DE UM INDIFERENTE PENAL. PROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. ANÁLISE OBJETIVA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Os objetos que supostamente se tentou subtrair não ultrapassam o valor de R\$ 52,00 (cinquenta e dois reais): dois shampoos, quatro desodorantes e um isqueiro. Objetos que foram restituídos integralmente à vítima, sendo certo que o acusado não praticou nenhum ato de violência. 2. Para que se dê a incidência da norma penal não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo em causa. Pena de se provocar a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. 3. A inexpressividade financeira dos objetos que se tentou furto salta aos olhos. A revelar a extrema carência material do ora paciente. Risco de um desfalque praticamente nulo no patrimônio da suposta vítima, que, por isso mesmo, nenhum sentimento de impunidade experimentará com o reconhecimento da atipicidade da conduta do agente. **Análise objetiva que torna irrelevante a existência de registros criminais em curso contra o paciente.** Precedentes: AI 559.904-QO, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; e HC 88.393, da relatoria do ministro Cezar Peluso. 4. *Habeas corpus* deferido para determinar o trancamento da ação penal, com a adoção do princípio da insignificância penal.

(HC 94427, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-03 PP-00457 RJSP v. 57, n. 378, 2009, p. 177-185).

Não fosse assim, ter-se-ia de dar razão à frase, atribuída a um camponês salvadorenho e repetida por Lenio Streck, algures, segundo o qual *“la ley es como la serpiente. Solo pica a los descalzos”*, em tradução livre: “a lei é como a serpente. Só pica os descalços”.

Em epílogo, dir-se-á que este relator vê, com certa melancolia, a retórica antigarantista e conservadora, sempre, entoando o velho e revelho discurso “de lei e ordem” e sua ressonância, no imaginário social, cujos raios atingem, até mesmo, brilhantes operadores jurídicos.

Lenio Luiz Streck, esse Lúcifer do bem saber jurídico, já pontuou que “a Lei não deve servir de bálsamo para aliviar o nosso pânico coletivo, produzido no imaginário social por uma espécie de ideologia do repressivismo saneador” (*In As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais. Constituição – Cidadania – Violência. A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2ª ed. rev e ampl., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 14*).

O movimento *“law and order”*, de caráter conservador, emanado de um neo-realismo de direita, é ideologia utilizada pelas elites e pelas classes dominantes, para que se faça esquecer que elas são as verdadeiras geradoras da violência. Para tanto, essas elites utilizam o direito penal, como seu braço armado, contra os setores mais débeis do sistema social. Sabidamente, o sistema penal está a serviço do sistema social/global e reproduz as suas desigualdades.

Há certo desalento, quando se vê, por parte de determinados operadores do direito, a visão do Direito Penal “como único instrumento eficaz de pedagogia político-social (...) expansão inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar” (**Jesus-Maria Silva Sanchez** – *A Expansão do Direito Penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Série as ciências criminais no século XXI, vol. 11, p. 61*).

Portanto, o sistema penal, para funcionar, segundo eles, precisa encontrar “bodes expiatórios”, nos criminosos comuns, razão pela qual o controle penal, com pompas e circunstâncias, é sempre exercido, sobre as populações mais débeis, ou os “marginais ao sistema”. Eis a sua seletividade, eis a sua eficácia invertida, eis o seu caráter simbólico. (cf. **teoria do labelling approach**).

Os velhos inimigos do sistema penal e do Estado de Polícia (os pobres, marginalizados, etc.) constituem sempre um “exército de reserva: são eles os encarcerados”. (cf. **Luiz Flávio Gomes**. *Reação de Zaffaroni ao direito penal do inimigo in Síntese Jornal. Novembro/2004 – ano 8 – n.º 93, p. 5*).

Certamente, o Direito Penal não será transformado, neste caso, por este relator e demais colegas da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em Direito Penal do inimigo.

O inimigo variará, apenas, segundo o contexto histórico. Na Idade Média, o inimigo do sistema penal eram os hereges e as bruxas. Durante o nazismo, os

judeus, símbolos da degenerescência da raça. No recente passado brasileiro, o inimigo eram os comunistas. Agora, o sistema penal vem de eleger, como inimigos mortais, os pobres e infelizes.

Vem, daí, a crença, na sentença de maldição, que paira sobre o Direito Penal, chamado por um jurista de direito dos pobres e infelizes, “não porque os tutele e proteja, mas, sim, porque sobre eles, exclusivamente, faz recair sua força e seu dramático rigor⁶”.

Aliás, parece saltar das páginas imortais de “Os Aldeões”, de autoria do escritor francês, **Honoré de Balzac**, ecoando em nossos sofridos ouvidos, a frase: “A guilhotina vela o sono dos ricos contra a insônia dos pobres”. (*Apud* René Ariel Doth. Algumas reflexões sobre “O Direito Penal dos Negócios” *in* Revista dos Tribunais. Ano 78 – Abril de 1989 – v.642, p.267)

Dos anos mais distantes do passado, tais palavras ressoam na acústica de nossa desesperança social.

Infelizmente, tem sido, assim, ao longo da história. A igualdade, perante a lei, não passa de um mito. O direito penal, então, é o mais desigual de todos, principalmente, como instrumento tutelar das classes dominantes.

Afinal de contas, “o processo ideal é o que combate o crime e resguarda o cidadão” (Mário Chiavario *apud* Lenio Luiz Streck, *ob. cit.*, p. 142).

Enfim, quando se tem uma visão jurídica, mais pluralista, democrática e antidogmática, o moderno operador jurídico será sempre um crítico dialético do velho discurso de “lei e ordem” e de sua ideologia repressivista saneadora.

Em adminículo, sobreleve-se que a Procuradoria de Justiça corrobora o quanto pré-aludido.

Pontofinalizando-se, vale escandir que a absolvição do apelante tornou prejudicada a pretensão recursal, atinente às custas processuais, pela perda do objeto.

Pelos fundamentos predelineados, **vota-se no sentido de absolver, de ofício, o apelante, com escoras, no art. 386, III, do CPP, dada a atipicidade material da conduta, que lhe foi imputada.**

Salvador, 13 de março de 2012.

DES. LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE
Relator

⁶ *Eduardo Novoa Monreal. El Derecho como obstáculo al cambio social. México, Siglo XXI Editores, 1975, p. 25.*