

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE AND ITS APPLICABILITY IN THE BRAZILIAN PENAL LAW

PRISCILLA RAISA MOTA CAVALCANTI¹
MARIA AUXILIADORA DA SILVA²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo central explorar sistematicamente os princípios gerais do direito, com destaque basilar no princípio da insignificância que vem ganhando destaque no cenário jurídico penal brasileiro como causa de excludente de tipicidade dos crimes de bagatela. A aplicação desse princípio tem como finalidade a tentativa de dar maior celeridade, economia processual e a efetiva aplicação das penas que realmente alcancem os objetivos para o quais as leis são criadas. Associada ao Princípio da Insignificância há vários outros princípios, como por exemplo, o da Intervenção Mínima, onde o Direito Pena deve ser aplicado de forma subsidiária e tão somente quando se constatar prejuízo efetivo ao bem tutelado. Ainda não existe no Brasil, norma regulamentadora do Princípio da Insignificância, no entanto, a Jurisprudência, em sua maioria, vem se posicionando pela sua aplicação. O STF e o STJ têm aplicado esse princípio sopesando quatro requisitos essenciais, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta; nenhuma periculosidade da conduta; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta e a inexpressividade da lesão ou do perigo de lesão causado ao bem jurídico tutelado. Fato é que sua aplicação fundamenta-se no critério da razoabilidade e tem o objetivo de ocupar o Judiciário com situações consideradas realmente relevantes.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio. Insignificância. Aplicação. Direito Penal.

ABSTRACT

The present work has as main objective to explore systematically the General principles of law, with emphasis on the basic principle of insignificance that is gaining prominence in the Brazilian penal legal scenario as a cause of exclusionary of typicality the crimes of trifle. The application of this principle aims to attempt to give more quickly, procedural economy and the effective implementation of the feathers that actually achieve the goals for which laws are created. Associated with the principle of insignificance for several other principles, such as the Minimum intervention, where the right penalty must be applied subsidiary and so only when it becomes apparent prejudice to effective well tutored. Does not yet exist in Brazil, regulatory standard of principle of insignificance, however, the case law, in your most, has been positioning for your application. The Supreme Court and the SUPREME COURT have applied this principle sopesando four essential requirements, which are: the offensiveness of minimum conduct; no danger of conduct; the due degree of reprovabilidade of conduct and uncommunicative from injury or risk of injury caused by legal ward. Fact is that your application is based on the criterion of reasonableness and aims to occupy the judiciary with situations deemed really relevant.

KEYWORDS: Principle. Insignificance. Application. Criminal Law.

¹ Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica), especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Estadual de Goiás (UEG) e professora da Faculdade de Direito Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: pcavalcanti976@gmail.com

² Graduada em Pedagogia pela Universidade Estadual de Goiás (UEG), Especialista em Orientação Educacional pela Universidade Salgado de Oliveira (Salgado), Especialista em Direito Processual Penal Contemporâneo pela FMB - Faculdade de Montes Belos. Graduada do Curso de Bacharelado em Direito na Faculdade Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: auxiliadoradias@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o princípio da insignificância sob o aspecto de sua aplicabilidade, que vem se tornando constante, depois de um longo rompimento de valores criminais, por parte dos juristas e doutrinadores no cenário jurídico-penal. Para desenvolver o assunto, necessário se faz uma explanação minuciosa sobre o conceito de crime, uma vez que não tem definição legal no nosso meio jurídico. Inúmeras teorias têm tentado definir o que seja crime, porém as transformações sociais têm desencadeado diversas situações que confundem a explicação sobre o que é o crime.

Considerando a teoria finalista, adotada pela maioria dos doutrinadores modernos, crime é uma ação típica e antijurídica, e ainda, sob o aspecto material pode ser definido como todo fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos tidos como fundamentais para sociedade, e que tem uma resposta sancionadora do Estado.

Do conceito de crime dado pela teoria finalista, toda ação típica e antijurídica, surgiram os delitos de bagatela ou crimes de lesão mínima, onde o comportamento lesivo de tão ínfimo, sequer atinge o bem jurídico protegido, não guardando qualquer reprovabilidade social. E é sobre os crimes de bagatela que o princípio da insignificância incide, retirando-os da esfera de atuação do Direito Penal, passando a ser considerados atípicos, não constituindo, assim, delitos.

Apesar do Princípio da insignificância não ter previsão legal, há que ser considerado um princípio implícito, haja vista, que é norteado por princípios do Direito Penal, tais como o princípio da intervenção mínima, da lesividade, da subsidiariedade, entre outros. Embasado nesta e outras justificativas, os operadores do Direito têm aplicado reiteradamente o princípio como forma de resguardar a dignidade e tornar ativo o Estado Democrático de Direito, e assim, assegurar os Direitos Humanos.

O trabalho apresenta num primeiro momento, a evolução histórica do conceito de crime, definindo os delitos de bagatela. Em seguida, aborda a definição do princípio da insignificância, além de trazer de forma clara e explicativa os princípios penais que o norteiam. Por fim, foram analisados os momentos de aplicação do princípio pelos operadores do direito, aos casos concretos, as objeções trazidas por doutrinadores, sendo também tratada a necessidade do princípio da insignificância como forma de assegurar os Direitos Humanos.

Para obtermos melhor compreensão sobre o assunto, utilizaremos o método indutivo/dedutivo, com suporte na pesquisa de obras dos principais autores que se posicionam sobre o tema dentre eles: Maurício Antônio Ribeiro Lopes, Ivan Luiz da Silva, Carlos Vico Mañas, Luiz Luís Francisco de Assis Toledo, Ney Mouro Teles, Cezar Roberto Bittencourt, José Henrique Guaracy Rebelo, Júlio Fabrini Mirabete, Damásio de Jesus, dentre outros.

Como fonte complementar, utilizaremos julgados de alguns tribunais, artigos jurídicos extraídos da internet, periódicos, com destaque para o autor Luiz Flávio Gomes, bem como, consulta a legislação, principalmente o Código Penal e a Constituição Federal.

Por meio da comparação entre o que é dito pela doutrina com o que é aplicado pela jurisprudência, buscou-se abstrair a finalidade para se destina o princípio da insignificância, demonstrando que seu reconhecimento deve ser precedido de uma análise criteriosa em cada caso, de modo que a conduta criminosa não seja banalizada e que a prática de ilícitos não seja estimulada.

1 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O Direito Penal Brasileiro assim como os vários ramos do nosso ordenamento jurídico admite determinados princípios que, traz na sua etimologia diversos significados, podendo ser compreendido como lei, preceito ou regra, e é algo que pode ser aplicado nas várias fases do processo judicial.

Em nosso ordenamento jurídico, precisamente no Artigo 5º, §2º, da Constituição Federal encontramos a fundamentação para sua aplicação no sistema judicial, vejamos: Art. 5º, §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (Senado, *online*). O Artigo 4º, da LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro) também aborda o tema: Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (Planalto, *online*)

As transformações e a transitoriedade sofrida pela sociedade fazem com que a lei, muitas vezes, torne-se inadequada e ultrapassada para as situações e ascensão, trazidas pela miséria social. Essa situação leva o homem à prática de condutas imorais, ou seja, dos delitos insignificantes, daí surge para o julgador a adequação da norma penal ao caso concreto, evitando a interpretação fria da letra da lei.

O princípio da insignificância, objeto do presente estudo, é relevante, pois serve de base ao estudo crítico do processo penal. Atualmente, a discussão e o interesse sobre o tema têm crescido muito entre doutrinadores, estudiosos e todos os operadores do Direito.

A aplicação do princípio da insignificância, apesar de ser uma necessidade no mundo jurídico, é objeto de diversas restrições por parte daqueles que o rejeitam, sob vários argumentos. Por outro lado, há que se ter em mente que a aplicabilidade de tal princípio é uma solução para a máquina judiciária que está abarrotada de processos, os quais necessitam de andamentos, pois que

estão prescrevendo pela inércia do Poder Judiciário, proporcionando, conseqüentemente a celeridade e a economia processual.

A ideia de trabalhar em torno no princípio da insignificância é interpretar a norma penal de forma coerente com a realidade social e ainda, buscando atingir o objetivo da sociedade em zelar por sua convivência fraterna, humana e justa.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A fim de que se possa entender o conceito e todos os fundamentos e efeitos do Princípio da Insignificância da maneira mais clara possível, necessita-se conhecer sua origem, como foi e o porquê do surgimento desse princípio.

Segundo Capez (2011. p. 29.), o princípio da insignificância é:

[...] originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecimento brocardo de *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetos sociais traçados pela moderna política criminal.

Luiz Regis Prado (2011, p.182) atribui a formulação histórica deste princípio a Claus Roxin:

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma *mínima non cura praeter*, enquanto a manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal.

Independentemente de onde se originou, o princípio da insignificância tem relevante aplicação jurídica atualmente, pois através de sua origem e evolução, seu teor foi se adaptando, moldando e se tornando um princípio penal consideravelmente importante, embora o Princípio da Insignificância necessite de previsão legalmente expressa, sua aplicação é largamente aceita pela doutrina e jurisprudência, incidindo em um importantíssimo postulado de política criminal, eficaz para o ordenamento jurídico penal, conglomerando todo seu caráter subsidiário e fragmentário, princípios inerentes à manutenção de um Estado de Direito que tenha entre outros valores supremos a liberdade dos cidadãos.

Para Bittencourt (2005. p. 6) no Código Penal Comentado:

A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo este princípio, é imperativa uma efetiva proporcionalidade ente a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amíúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode – se afastar liminarmente a tipicidade penal, porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

Segundo Damásio (2009, p. 10-11)

Ligados aos chamados “crimes de bagatela” (ou “delitos de lesão mínima”), recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas, mas leves (pequeníssima relevância material). Hoje adotada a teoria da imputação objetiva, que concede relevância à afetação jurídica como resultado normativo do crime, esse princípio apresenta enorme importância, permitindo que não ingressem no campo penal fatos de ofensividade mínima.

O Estado não se valerá do Direito Penal em qualquer caso, pois este ramo do Direito é muito severo, onde *jus puniendi* é exercido para impor uma sanção drástica ao indivíduo, tolhendo-lhe fora a vida, o primeiro bem jurídico mais relevante, qual seja, a liberdade. É praticamente instantâneo invocar o princípio da intervenção mínima ao se falar do princípio da insignificância, pois apesar de existir previsão legal para a proteção de determinado bem jurídico, como o patrimônio no crime de furto, não há porque adotar a intervenção abusiva do direito penal nos casos em que o valor da coisa é irrisório.

1.2 CONCEITOS BÁSICOS

Para que se possa entender melhor o conceito que traduz o Princípio da Insignificância, cabe analisar, primeiramente, de forma separada os conceitos de princípios e de insignificância.

Princípio pode significar, ao mesmo tempo, o lugar onde algo começa, se origina, fonte, base, bem como uma norma, regra. No desenvolver desse trabalho perceber-se-á, que princípio, no caso tratado, tem o sentido de norma e fonte ao mesmo tempo, uma vez que o Princípio em análise, é uma norma que serve de base para a aplicação de outras normas já existentes e positivadas. Já a Insignificância, grosso modo falando, é tudo aquilo que não tem valor, não tem importância ou qualquer relevância. O delito insignificante é aquele incapaz de causar prejuízo, danos à sociedade, quando, por exemplo, subtrai-se coisa de valor irrisório, que não seja suficiente para alterar o patrimônio da vítima.

Segundo Silva (2011, p. 99):

A conceituação de tal princípio efetivamente não se encontra na dogmática jurídica pois nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional define ou acata formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que aceitam limites para a interpretação e das leis e geral. É a criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes do Direito.

Como citado acima, é certo que o crime de bagatela não encontra previsão expressa na legislação penal brasileira, sendo a sua essência de construção doutrinária e jurisprudencial, que tem delimitado as condutas tidas como insignificantes, sob a ótica de um direito penal insignificante.

Capez (2011, p. 29.) conceitua de maneira concisa tal princípio:

[...] o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.

Sobre o tema Queiroz (2001, p. 30) também diz:

Por meio do princípio da insignificância (ou bagatela), o juiz, à vista da desproporção entre ação (crime) e a reação (castigo), fará um juízo (valorativo) acerca da tipicidade material da conduta, recusando curso a comportamentos que, embora formalmente típicos (criminalizados) não o sejam materialmente, dada a sua irrelevância.

Gomes (2013, p. 19). conceitua o princípio em comento da seguinte maneira:

Conceito de Infração Bagatelar: infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante.

Nucci afirma que "Com relação a insignificância (crime de bagatela), sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funciona como *ultima ratio*, no sistema punitivo, não se deve ocupar de bagatelas".

O Princípio da Insignificância é aquele que orienta no sentido de que não se deve punir os delitos de bagatela, ou seja, delitos pequenos, irrelevantes, não ensejadores de efetivo prejuízo a vítima ou ao social. Cabe dizer ainda que, o Princípio da Insignificância deve ser utilizado no momento da interpretação dos fatos, com base em critérios de razoabilidade, podendo chegar a destituição da reprovabilidade do fato por ter sido valorado como insignificante, excluindo a tipicidade penal e, portanto, tornando-o isento de punição.

De forma concisa, pode-se assegurar que o princípio da insignificância nasceu para preencher uma lacuna no nosso ordenamento jurídico, mais precisamente no direito penal, pois seu objetivo é excluir as condutas que apresentam um pequeno potencial ofensivo, pois sua capacidade abstrata de ofender a sociedade não deve ser objeto do direito penal, evitando-se assim a desproporcionalidade da aplicação da pena diante um caso irrelevante.

O princípio da insignificância ou da bagatela encontra relação com o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Esse, por sua vez, parte do pressuposto de que a intervenção do Estado na esfera de direitos do cidadão deve ser sempre a mínima possível, para que a atuação estatal não se torne demasiadamente desproporcional e desnecessária, diante de uma conduta incapaz de gerar lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado.

O Princípio da Insignificância ou da Bagatela é aquele cujo direito penal só deve ser acionado quando necessário à proteção do bem jurídico. Logo, as lesões insignificantes ao bem

jurídico devem ser excluídas da esfera de atuação do direito penal, que, cada vez mais, vai se transformando num direito de intervenção mínima. A exemplos, temos o furto de uma caixa de fósforos, ou então a devolução do objeto furtado, estando o mesmo intacto, sem que tenha havido prejuízo à vítima, o fato é que este princípio impede que a tipicidade seja indício de antijuridicidade, produzindo efeitos idênticos aos do princípio da adequação social. Neste a irrelevância do fato exclui a antijuridicidade material, em face da inexistência de significativa lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente protegido.

1.3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE CRIMES DE BAGATELA E INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

As infrações de menor potencial ofensivo são da competência dos Juizados Especiais Criminais, criados pela Lei 9.099/1995, em atendimento a determinação constitucional contida no art. 98, inciso I.

A definição para infração de menor potencial ofensivo está estampada no art. 61, da Lei 9.099/1995: Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (PLANALTO, online)

O legislador tomou como critério para fixação do menor potencial ofensivo a quantidade da pena cominada, que não pode ser superior a dois anos, bem como as contravenções penais em geral, que possuem em sua essência, menor lesividade. Seguindo esse raciocínio, infere-se que as infrações de menor potencial ofensivo possuem pequena relevância no mundo jurídico, entretanto, considerando a reprovabilidade da conduta do agente ativo, há que ser processado pelo rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis.

Silva (2011, p. 114/115) nos ensina que à aplicação de Lei 9.099/95, não há como equiparar-se as infrações de menor potencial ofensivo aos crimes de bagatela, uma vez que estes são um não-crime, ou seja, conduta penal irrelevante em face de sua ínfima lesividade.

Lopes (1997, p. 50) preleciona que:

[...] o que venho pretendendo firmar é a nocividade de confundir o princípio da insignificância com crimes de pouca significação. Pelo princípio afasta-se a tipicidade do crime por ausência de seu elemento material, pelo segundo, busca-se uma alternativa processual mais célere, pela menor importância do crime (que existe).

Na lição de Santos (1996, p. 204):

É preciso, antes de mais nada, considerar que o princípio da insignificância, que caracteriza o chamado crime de bagatela, impede a formulação de um juízo positivo de tipicidade

enquanto uma infração de menor potencial ofensivo não prescinde de todos os elementos caracterizadores da própria infração penal. A magnitude da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, verificável nas provas produzidas, permite ao magistrado efetuar uma correta distinção entre crime de bagatela e infração de menor potencial ofensivo.

Conhecer os princípios do direito é condição fundamental para poder aplicá-lo corretamente. Quem apenas conhece as regras, ignora a parcela mais importante do direito, a que faz delas um todo coerente, lógico e ordenado. Logo aplica o direito de forma incompleta.

A necessidade do jurista trabalhar com os princípios existe em todos os ramos do direito, entretanto, no direito público é bem maior. Vejamos: os princípios pertinentes ao direito privado normalmente estão contidos em leis, em regras específicas. Assim, não se faz tão necessário se utilizar dos princípios para resolver as questões deste ramo. O direito público, por ser formado por legislação esparsa, jovem e produzida sem método, traz uma aparente desordem, solucionada apenas com a consideração dos princípios. Eles permitem ao aplicador do direito organizar as regras existentes e extrair soluções coerentes com o sistema jurídico como um todo.

2 DO CRIME

A prática de crime ultrapassa os tempos juntamente com o desenvolvimento do homem. Houve tempo em que o pecado era considerado um tipo de crime, e em que, delito e crime tinham significados diferentes. Hoje, delito e crime são sinônimos. Correntes divergentes definem o que seja o crime, para uns, uma ação típica, antijurídica e culpável, para outros, um fato típico, ilícito ou antijurídico e culpável, sendo esta última a adotada pela doutrina dominante.

Analisa-se neste capítulo, a evolução histórica do conceito de crime, e ainda, vale lembrar, que em nossos dias o crime não tem um conceito definitivo uma vez que o Direito é uma ciência dinâmica e em constante mutação.

2.1 CONCEITO DE CRIME

Existem variados conceitos para definir o que é crime dependendo sempre da posição adotada. Pelo critério formal, crime é o que a lei define como tal. Para o critério material, crime é o fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos penalmente protegidos. Este critério traz apenas a consequência do crime, mas não o define, ou melhor, define apenas o resultado do crime. Já o critério analítico leva em consideração os elementos estruturais do crime, ou seja, o crime sob o aspecto de sua estrutura.

Adota-se no Brasil a Teoria Tripartida, qual seja, a que preconiza que para a configuração do crime existem três elementos estruturais, quais sejam, fato típico, ilícito ou antijurídico e culpável.

Nessa linha o conceito de crime abrange os elementos ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. De um conceito puramente descritivo, naturalista e causal, a ação tinha origem na vontade, porém não se preocupava com o conteúdo desta, e sim, com o resultado. A tipicidade representava o caráter externo na ação, composto pelos aspectos descritos na norma, já a antijuridicidade era uma valoração negativa da ação, um juízo de desvalor, e por fim, a culpabilidade era definida como o vínculo subjetivo entre o autor e o fato.

2.2 ELEMENTOS DO CRIME

Adotando a teoria tripartite, conforme mencionados anteriormente, os elementos do crime são: fato típico, antijuridicidade e culpabilidade. Cumpre esclarecer que essa divisão é apenas um meio de utilizado pela doutrina para analisar o delito, já que este possui caráter unitário. Nesse sentido, Bitencourt (2009, p. 238) expõe que:

A divisão do delito em três aspectos, para fins de avaliação e valoração – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade -, facilita racionaliza a aplicação do direito, garantindo a segurança contra as arbitrariedades e as contradições que frequentemente poderiam ocorrer. Essa divisão tripartite da valoração permite um resultado final adequado e justo.

Para a concepção finalista, o fato típico é composto pelos seguintes elementos: a) conduta (comissiva e omissiva, dolosa e culposa); b) resultado (somente nos crimes materiais); c) nexos de causalidade (entre a conduta e o resultado); d) tipicidade (que engloba o elemento objetivo – adequação da conduta humana ao tipo penal; os elementos subjetivos – intenção especial do agente; o elemento normativo – juízo de valor; e por fim o dolo ou a culpa).

Em relação à ilicitude ou a antijuridicidade, Assis Toledo (1991, p. 163) conceitua-a como “a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico”. Percebe-se, então, que a ilicitude é tudo aquilo que contraria o direito.

Também compartilha desse entendimento Greco (2000, p. 125), *in verbis*:

[...]a ilicitude ou juricidade da conduta praticada é encontrada por exclusão, ou seja, somente será lícita a conduta se o agente houver atuado amparado por uma das causas excludentes de ilicitude previsto no art. 23 do Código Penal. Além das causas legais de exclusão da antijuridicidade, a doutrina ainda faz menção a uma outra, de natureza suprallegal, qual seja, consentimento do ofendido[...].

No entanto, além da conduta ser típica e ilícita, ela também deve ser culpável. De acordo com o Greco (2000, p.20), a culpabilidade é “o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre conduta típica e ilícita praticada pelo agente”. Em outras palavras, Zaffaroni (2001, p.602) afirma que o conceito de culpabilidade “é um conceito de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse”.

2.3 CONCEITO DE CRIME NO BRASIL

O Código Penal não conceituou crime, apesar do artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal, tratar de uma definição puramente formal, que nada explica, a não ser quais penas correspondem aos delitos e às contravenções.

Assim dispõe a LICP - Decreto Lei nº 3.914 de 09 de Dezembro de 1941 :

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Há doutrinadores, que conceituam o crime sob o aspecto material e formal ou analítico. Outros que vêem o crime sob o prisma material, formal e analítico.

Conforme os ensinamentos de Bettiol (2009, p. 209):

Duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime *sub specie iuris*, no sentido de considerar o crime ‘todo o fato humano, proibido pela lei penal’. A segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando o crime ‘todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade.

Dáí percebe-se que, sob o prisma do aspecto formal, crime seria todo ato ou conduta que atente diretamente contra a lei penal. Já no aspecto material, seria todo ato que atente contra os bens jurídicos mais importantes na visão de Bettiol. Acontece que, alguns doutrinadores entendem que os conceitos formal e material do crime não traduzem precisamente o conceito de crime, devendo, assim, ser analisado sob a visão de outro conceito, o analítico. Para tanto, recorre-se aos ensinamentos de Toledo (1993, p. 143) que leciona sobre o conceito analítico do crime:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídicos-penais) protegidos. Essa definição é, porém insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

Dáí entende-se que, o crime é composto por três elementos que são a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Tais elementos são também conhecidos como teoria Tripartite, originária da Teoria Finalista da Ação de Hanz Welzel. Assim sendo, fundamental é demonstrar o que significam tais elementos, para melhor se entender o conceito de crime.

Desta feita, como já mencionado, são elementos do crime a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. A tipicidade, observada sob o prisma da teoria finalista é composta da conduta, do resultado e pelo nexó de causalidade entre a conduta e o resultado. Já a ilicitude, como já demonstrado no entendimento de Assis Toledo (2002), é o mesmo em que se dizer de antijuridicidade, ou seja, todo ato que é praticado contrário ao ordenamento jurídico penal. Por fim, a culpabilidade, na visão de GRECO (2009) é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente. Entretanto, há que se esclarecer que parte dos doutrinadores, cite-se Damásio, Mirabete, dentre outros, acreditam que o crime é um fato típico e antijurídico não colocando a culpabilidade em seu conceito.

2.4 TIPICIDADE FORMAL E CONGLOBANTE

A tipicidade é o adequamento de uma conduta praticada pelo agente e que corresponda a um modelo descrito no tipo (lei). Pode-se dizer também que o fato típico é composto pela conduta do agente e pelo resultado. A tipicidade se divide em formal e conglobante.

Muñoz Conde define a tipicidade de seguinte forma:

É a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, ou seja, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal. (MUÑOZ CONDE, *apud* GRECO, 2009, p. 158)

Esse amoldamento da conduta ao tipo é o que chamamos de tipicidade formal, pois, em não havendo essa adequação, o fato cometido pelo agente será considerado atípico. Um exemplo dado por Greco (2009, p. 158), é o furto de uso, caso em que o autor subtrai um bem, mas não o faz com o intuito da posse definitiva do bem, e assim, como não há o adequamento perfeito, haja vista que o tipo não se completa, pois o agente não furtou o objeto com o fim de tê-lo para si ou para outrem, não sendo assim punível tal conduta.

Já a tipicidade conglobante se dá quando existe um fato antinormativo, ou seja, contrário às normas, punido juridicamente, mas as circunstâncias em que ocorreram fazem com que o fato não seja punido. Notório exemplo é quando atletas de uma partida de futebol se lesionam, um quebrando a perna do outro. Existe a tipificação no ordenamento jurídico de tal fato, crime de lesão corporal, mas, as circunstâncias em que a lesão se deu não permitem que seja o jogador punido no âmbito penal.

Outro fato é a prescrição, por profissional habilitado, de substâncias entorpecentes. Tal atitude seria punida pela Lei de Drogas, mas as circunstâncias do fato impedem que o médico que prescreveu a droga seja punido.

3 PRINCÍPIOS CORRELATOS QUE REALÇAM A NECESSIDADE DE SE APLICAR O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Dentre os vários princípios, estabelecidos e aplicados pelo nosso ordenamento jurídico existem os que são efetivamente explícitos, mas também existem os que estão implícitos. É sabido que no campo do direito nada é aplicado de forma isolada ou sem uma correlação, nesse viés, para se falar do princípio da insignificância antes se faz necessário a abordagem de outros princípios. Entre eles o que se seguem.

Não há aqui a pretensão de esgotar o assunto sobre os princípios e sua aplicabilidade no direito penal, mas simplesmente trazer à baila alguns que poderão auxiliar o entendimento sobre a proposta do presente trabalho.

3.1 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE E DA LESIVIDADE

O princípio da fragmentariedade, segundo alguns doutrinadores é o corolário dos Princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social. Mas, para outros doutrinadores, o princípio da fragmentariedade é uma das características do princípio da intervenção mínima, juntamente com a subsidiariedade.

Para definir melhor o princípio da fragmentariedade serão utilizados os ensinamentos do doutrinador Conde (2009, p.61) que leciona:

Nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal, repito mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter 'fragmentário', pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância.

Diz-se, assim, que o Direito Penal tem natureza fragmentária e/ou de fragmentos, pois nem tudo lhe interessa apenas uma pequena parte que está sob sua proteção, e que, deve-se ressaltar a parte de maior importância. Também, dentre os Princípios do Direito Penal que denotam necessidade de se aplicar o princípio da insignificância pode-se dizer que o princípio da lesividade é um dos mais importantes. Isto ocorre porque na matriz do Direito Penal sem a necessária lesão ao bem jurídico não há que se falar em crime. Há que se levar em conta que o princípio da lesividade se

confunde muito com o princípio da intervenção mínima. No entanto, segundo Greco (2009, p.53) deve-se observar que:

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como que duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o Princípio da Lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal.

Percebe-se assim, que diferenciados os princípios acima citados, é que enquanto um (intervenção mínima) visa resguardar somente a ofensa/ataque a bens jurídicos importantes o outro (lesividade) importa que não se pode punir um crime quando não há lesão significativa ao bem de terceiros tutelados pela legislação penal.

Dois exemplos dados por Greco (2009) é que não se pode punir quem pratica um ato lesivo contra si mesmo, como ocorre nos casos de tentativa de suicídio, ou do uso de substâncias entorpecentes. Prova disto é que a nova Lei Antidrogas despenalizou (nova redação dada pelo artigo 28 da Lei 11.343/06) o uso de drogas. O legislador, ao criar uma lei, tem que ter em mente os eventuais prejuízos que tal atitude cause turbulência à ordem jurídica e social. Portanto, conclui-se que não se devem punir algumas atitudes, principalmente as irrelevantes, vez que não carecem de atenção do ordenamento jurídico penal, ante a falta de real ofensa aos bens tutelados pela legislação.

3.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA OU *ULTIMA RATIO*

Esse princípio estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa de bens jurídicos relevantes para a sociedade e para o indivíduo, bens este, imprescindíveis para a pacífica convivência dos homens e que não podem ser protegidos de forma diversa.

Em conceito dado por Greco (2009, p.49) o Direito Penal só deve preocupar com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade e a definição dada como *ultima ratio* significa que o Direito Penal somente deve ser usado/avocado em última circunstância.

Define ainda Rogério Greco (2009, p.49) que “o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens jurídicos de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização.”

Percebe-se assim, que tal princípio tem função limitadora para que o Estado não interfira e nem execute, constantemente, o seu poder de punir. Corroborando tal afirmação, Roxin (1997), assevera que “a proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumento do ordenamento jurídico”. (ROXIN, 1997 *apud* GRECO, 2009, p. 50)

Dito isto, conclui-se que o Direito Penal deve intervir o mínimo possível, devendo somente ser avocado quando outros ramos do direito forem incapazes de dar a devida tutela a bens relevantes na vida do indivíduo e da sociedade. Este princípio, como o da insignificância não estão implícitos nas legislações penais e constitucionais modernas, devido ao seu vínculo com outros postulados explícitos, não deixando de se impor aos olhos do legislador e do intérprete da lei.

3.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Quanto ao princípio da legalidade, também conhecido como princípio da reserva legal e princípio da anterioridade, encontra-se inserido no artigo 1º do Código Penal Brasileiro “Art. 1º: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (Planalto, online).

Da redação do citado artigo, verifica-se que somente alguém poderá ser punido, se quando da data do fato, o *ilícito* praticado pelo agente, existir prévia lei que o defina, e prévia sanção penal que lhe puna. Tal princípio encontra também amparo constitucional, notadamente no artigo 5º, inciso XXXIX da Carta Magna Nacional.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.
(Planalto, *online*)

Por conta de sua redação, bem como por seu conteúdo, alguns doutrinadores, dentre eles Rogério Greco, acreditam que tal princípio seja o mais importante do Direito Penal.

Segundo Rogério Greco (2009), as funções do Princípio da Legalidade são as “de proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); proibir a criação de penas e crimes pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), proibir o emprego de analogia para criar crimes fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) e proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*)”.

Segundo Bittencourt (2009), o Princípio da Reserva Legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários os têm negado.

3.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Busca esse princípio proibir intervenções desnecessárias e principalmente excessivas. Ele exige que se faça uma ponderação entre a lesão, ou perigo de lesão, que o bem sofreu e a lesão que o indivíduo que cometeu o delito sofrerá diante da sanção. Toda vez que, nessa relação, houver um

desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção. Uma pena desproporcional representaria uma clara violação à dignidade do homem e uma ofensa a vigência formal e material do Estado de Direito.

O Princípio da proporcionalidade visa atingir tanto o poder legislativo, no momento que este estiver estabelecendo as penas em abstrato, quanto o juiz, quando estiver impondo ao autor do delito a sua sanção. Segundo entendimento de Greco (2009), o princípio da proporcionalidade somente conseguiu se firmar durante o período Iluminista principalmente com a obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, de autoria de Beccaria. Nesta obra Beccaria (2007, p.107) conclui que, “Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.

Em conformidade com este princípio, deve haver sempre uma medida de justo equilíbrio entre o legislador (medida abstrata) e o juiz (medida concreta), entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta. O Superior Tribunal de Justiça acata o princípio da insignificância, com o fundamento do princípio da proporcionalidade, que deve existir entre a conduta delitiva e a pena imposta, como observa o Ministro Fernando Gonçalves:

O ato dos réus em apanhar quatro minhocaços não tem relevância jurídica. Incide aqui, o princípio da insignificância porque a conduta dos acusados não tem poder lesivo suficiente para atingir o bem jurídico tutelado pela Lei nº 5.197/9. A pena porventura aplicada seria mais gravosa do que o dano provocado pelo ato delituoso. (STJ. CC 2032/MG. DJU 23.08.99, online)

Para Damásio (2009, p. 52), o princípio da proporcionalidade também conhecido como princípio da proibição de excesso, significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor, ou seja, quando desrespeitado tal princípio é afastada a finalidade do Direito Penal, onde este é sustentado na proporcionalidade, visto que o Direito deve garantir os princípios fundamentais do homem, sendo um direito mínimo e garantista.

3.5 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Finalmente será demonstrado o princípio da adequação social que, na precisa lição de Prado (2009, p. 57) diz:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.

Para Toledo (1994, p. 131), “se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas

lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas”. De acordo com essa teoria, a medida que uma conduta praticada é socialmente adequada, não poderá ela constituir um delito e, portanto, não se revestirá de tipicidade.

A ação socialmente adequada exclui desde logo o tipo, pois se realiza dentro do campo de aceitação da sociedade, ou seja, no âmbito da normalidade social. Do exposto podemos concluir que o princípio da adequação social é aplicável a comportamentos que mesmo sendo compatíveis com a descrição típica formal, por serem materialmente irrelevantes, são considerados atípicos.

O Princípio da adequação social e da insignificância possuem muitas semelhanças, chegando mesmo a serem confundidos. Entretanto, Lopes (2011, p. 122), foi feliz em traçar-lhe suas diferenças, vejamos:

A adequação social supõe a aprovação social da conduta enquanto o princípio da insignificância somente uma relativa tolerância por sua escassa gravidade (...) a teoria da adequação social está prevalentemente regulada sobre o desvalor da ação, e o princípio da insignificância sobre o desvalor do resultado.

Estas distinções facilitam a visualização do campo de incidência de cada um deles. Um dos exemplos que se pode citar é o da contravenção do jogo do bicho, tipificada no artigo 50 da lei de contravenções penais, mas que, ante a adequação social, que seria em tese a jogatina realizada pela população, e a falta de reprovabilidade da sociedade, vem sendo visto em vários de nossos tribunais, com base no princípio da adequação social, não mais como contravenção penal.

Importante também destacar que tal princípio não tem força para revogar tipos penais em que a sociedade não mais os considera como crime. Conforme cita GRECO (2009, p. 58) “uma lei só pode ser revogada por outra, conforme determina o *caput* do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil”.

Portanto, extrai-se do princípio em estudo que somente deve-se punir, mesmo que o fato seja considerado crime ou contravenção e ainda esteja inserido no Código Penal, aquilo que é reprovável e que a sociedade não aceita. Assim, deve o legislador, ao editar ou criar uma lei, ter sensibilidade para diferenciar as condutas dos agentes que são socialmente aceitas pela sociedade e aquelas que são reprováveis e merecem a interferência do ordenamento jurídico penal.

4 CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A despeito de não existir conceito legal para o princípio da insignificância, doutrinadores e tribunais têm alcançado êxito em sua formulação, restando claro que o mesmo se traduz pela prática de ilícito penal típica, entretanto, considerando a pífia repercussão ou nenhuma reprovabilidade, torna-se desnecessária a aplicação da lei penal.

Seguindo esse raciocínio, infere-se que a aplicação do princípio da insignificância é importante no sentido de desvincular a atividade jurisdicional dos crimes de bagatela, para que possam se ater a outras infrações penais realmente nocivas e de maior relevo social. Diante da aplicação do princípio da insignificância, evita-se o acúmulo desnecessário de ações penais ou procedimentos nos Juizados Especiais.

O STF indica os critérios para que sejam aferidos os crimes que deveriam ser acolhidos pelo princípio da insignificância, a saber: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Dos julgados do STF e STJ extraem-se ainda as seguintes regras, que não são precisas e nem duradoras, sobre o princípio da insignificância:

Não se aplica nos crimes contra a administração pública porque os bens jurídicos tutelados, nesses delitos, são a moral administrativa e o patrimônio, e a moral administrativa não pode ser mensurada como ínfima. Exceção- aplicam-se no descaminho quando o valor devido for inferior ao mínimo passível de execução pela fazenda pública;

Da mesma forma, por se tratar de tutela da confiança nos papéis do Estado (moral administrativa), impossível de ser mensurada como bagatela, não se aplica o princípio da insignificância nos crimes contra a fé pública;

Quanto ao uso de drogas, importa exarar que o STF aplicou o referido princípio em julgamentos de uso de drogas por militar em serviço. Em seguida, afastou esse entendimento, de forma liminar, no HC 94.685 de 09/09/2008, o qual foi submetido ao Pleno, com novo exame no INFO 526 de 30/10/2008, ainda sem decisão final. Importa alertar que tanto STJ quanto STF não aplicavam o princípio da insignificância na vigência do art.16 da 6368/76, substituído pelo art.28 da Lei 11343/06. “Entendiam que o uso, pelas suas próprias elementares, deveria corresponder a uma quantidade insignificante, mas que não haveria atipicidade material, pois se tratava de crime de perigo abstrato contra a saúde pública”. (artigo extraído da internet em <http://mpdf.gov.br>).

A jurisprudência pátria tem se posicionado nesse sentido: “O reconhecimento do crime de bagatela exige, em cada caso, análise aprofundada do desvalor da conduta e do desvalor do dano, para apurar-se, em concreto, a irrelevância penal de cada fato”. (TACRIM – SP – AC – Rel. Haroldo Luz, RJD 24/101).

O índice de desvalor é a análise do grau de reprovabilidade da conduta, em confronto com a importância do bem jurídico violado e a gravidade do dano causado. Havendo inexpressiva reprovabilidade, há que ser aplicado o princípio da insignificância.

4.1 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CADA CASO CONCRETO

A despeito das considerações supracitadas, o princípio da insignificância deve ser analisado individualmente, em cada caso concreto apresentado ao Estado-Juiz. As circunstâncias e detalhes de cada evento são determinantes para abrir azo ao julgador manifestar-se no sentido de aplicar ou não o princípio em estudo.

O magistrado deverá analisar de forma pormenorizada os critérios para sua aplicação, a saber, se existe a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Presentes estes critérios, deverá ainda, analisar as condições econômicas e o valor que a vítima atribui ao bem violado. A aplicação do princípio em estudo é importante, no sentido em que a sociedade não sinta os efeitos da impunidade para as pessoas que praticam pequenos ilícitos penais.

Segundo ensinamentos de Mirabete (2007. P. 108):

Com as cautelas necessárias, reconhecendo caber indubitavelmente na hipótese examinada o princípio da insignificância, não deve o delegado instaurar o inquérito policial, o promotor de justiça oferecer denúncia, o juiz recebê-la, ou após a instrução, condenar o acusado. Há no caso exclusão de tipicidade do fato, e, portanto, não há crime a ser apurado.

É salutar trazer à baila a fundamentação em sentença que aplicou o princípio da insignificância, proferida pelo juiz tocantinense:

Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagemenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o Sr. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão. Para conceder a liberdade provisória, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Gandhi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engratados que sonogam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional). Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário. Poderia brandir minha ira contra os neo-liberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica na esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia. Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela terra – e aí, cadê a Justiça nesse mundo? Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tanta obviedade. Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir. Simplesmente mandarei soltar os indiciados. Quem quiser que escolha o motivo. Expeçam-se alvarás. Intimem-se. Palmas-TO, 05 de setembro de 2003. Rafael Gonçalves de Paula.

Infere-se que a aplicação do princípio da insignificância não é realizada de forma arbitrária e aleatória, sendo certo que a análise do caso concreto se faz absolutamente necessário para que não surja no bojo da sociedade, um sentimento de revolta e impunidade, repudiados pela legislação penal. Somente a análise dos elementos do caso concreto propiciam o convencimento do julgador, que deverá considerar quem são os agentes, sua condição financeira, as circunstâncias do fato considerado delituoso, bem como, a extensão do bem violado para a vítima.

4.2 POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS

A finalidade do Direito penal é proteger os bens essenciais ao convívio em sociedade, devendo o legislador fazer sua seleção, usando como primeira fonte de pesquisa a Constituição Federal.

Nesse mesmo sentido:

É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade. (COPETTI, p.137-138, apud GRECO, 2009, p.97)

Atualmente é crescente a aceitação e aplicação do Princípio da Insignificância em diversos casos:

O postulado da insignificância é tratado como vetor interpretativo do tipo incriminador, tendo por objetivo excluir da abrangência do Direito Criminal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico tutelado. Tal forma de interpretação segue *pari passu* com as medidas legislativas de uma sábia política criminal que visa, para além de uma desnecessária carcerização, ao arejamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa individual quanto aos interesses gerais do corpo social. No caso, a relevância penal é de ser investigada a partir das coordenadas traçadas pela Lei 10.522/02 (lei objeto de conversão da Medida Provisória 2.176-79). Lei que, ao dispor sobre o 'Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais', estabeleceu os procedimentos a ser adotados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em matéria de débitos fiscais. Não há sentido lógico em permitir que alguém seja processado, criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário." (HC 100.369, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 25-5-2010, Primeira Turma, DJE de 25-6-2010.)

A despeito do silêncio legislativo em relação ao princípio da insignificância, os tribunais pátrios têm acolhido o mesmo, em conjunto com o princípio da adequação social. Confira-se:

DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

Ementa Oficial: Pelo princípio da insignificância, excluem-se do tipo os fatos de mínima perturbação social. A adequação social leva à impunidade dos comportamentos normalmente admitidos, ainda que formalmente realizem a letra de algum tipo legal. Ementa da redação: Tendo-se em vista o alto custo social que a pena apresenta, as lesões de bens jurídicos só podem ser submetidas à pena, quando isso seja indispensável para a ordenada vida em comum. Uma nova política criminal requer o exame rigoroso dos casos em que convém excluir, em princípio, a sanção penal (descriminalização), suprimindo a infração, ou modificar ou atenuar a sanção existente (despenalização). (RT 734/748, TRF da 1ª Região, Ap. 95.01.31300-0/MG – 3ª T. – j. 25.03.1996 – Rel. Juiz Tourinho Neto).

No caso da jurisprudência supra colacionada, verifica-se que o julgador entendeu que o fato de o apelado ter sido encontrado com mercadorias de procedência estrangeira, desprovidas de documentação legal, tal não configura crime, haja vista que a quantidade encontrada não configurava prejuízo ao fisco.

No mesmo sentido, colaciona-se entendimento do Egrégio Pretório Goiano, em decisão, *verbis*:

EMENTA: APELACAO CRIMINAL. FURTO SIMPLES. BOTIJAO DE GAS. VALOR ESTIMADO: 70,00 REAIS. DELITO BAGATELAR. ATIPICIDADE. MATERIAL. INTERVENCAO MINIMA. PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA. 1 - Embora presentes materialidade e autoria delitiva, a subtração de um botijão de gás usado, avaliado em poucos 70,00 reais, sem o emprego de grave ameaça ou violência a pessoa e prontamente restituído a vítima em igual estado de conservação, reflete nítido crime bagatelar, pelo que destituído de tipicidade material. 2 - Nem mesmo a reincidência, de caráter pessoal, tem o condão de afastar o postulado da insignificância quando satisfeitas na íntegra as balizas do instituto, como tais consideradas ofensividade mínima da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade de lesão ao bem jurídico. Recurso conhecido e improvido. De ofício, reconhecida a irrelevância penal do fato. (DJ 421 de 17/09/2009. Rel. Dr. Carlos Alberto França. 36392-1/213 - APELACAO CRIMINAL

O Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo decidiu:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – Furto – Pequeno valor da coisa furtada – Atipicidade do fato ante ausência da lesividade ou danosidade social.
Ementa da redação: A lei penal jamais deve ser invocada para atuar em casos menores, de pouca ou escassa gravidade. E o princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional ‘nullum crimen sine lege’, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal. (RT 733/579, TACrim-SP, Ap. 988.073-2 – 10ª Câm. – j. 03/01/1996. REL. Juiz Márcio Bátoli).

O princípio da insignificância também é aplicado aos casos de delitos extrapatrimoniais,

verbis:

MAUS-TRATOS – Professor que, para manter a disciplina, dá um tapa e um empurrão em aluno que brigava com colega – Meio antipedagógico que não caracteriza crime – Absolvição mantida – Inteligência do art. 136, § 3º, do CP.
Ementa Oficial: A figura típica do art. 136 do CP, visa punir aquele que coloca em risco vida ou saúde de alguém. Simples empurrão ou um tapa, por mais antipedagógico que possa parecer à primeira vista, não configura crime.
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – Maus-tratos – Corrigenda imoderada – ausência de periclitación à vida ou à saúde – Atipicidade.
Ementa da redação: O direito não proíbe corrigir e disciplinar moderadamente, somente se justificando sentença condenatória por crime de maus tratos quando demonstrada a periclitación à vida ou à saúde, fora desses casos é de aplicar o princípio da insignificância. (RT 725/613, Ap. 962.617/7 – 3ª C. – j. 12.09.1995 – Rel. Juiz Peçanha de Moraes).

O que se pretende com a aplicação do princípio da insignificância não é a impunidade do agressor, mas o mínimo de coerência no momento de julgar o caso concreto. Nesse norte, depreende-se que os tribunais pátrios têm utilizado o princípio da insignificância de modo acertado, conforme seu objetivo maior.

CONCLUSÃO

Para que uma conduta seja considerada típica, não basta a produção do resultado naturalístico exigido pelos tipos penais, a existência do nexo de causalidade entre ela, o resultado e a subsunção do fato à norma. A tipicidade penal é necessária, mas não suficiente.

Daí porque se exige que a conduta praticada pelo agente, para que configure crime, provoque ofensa relevante ao bem jurídico digno de tutela penal, ou, ainda, significativa ameaça de lesão a ele, sob pena de reconhecer-se sua tipicidade material. Nesse contexto, surge o Direito Penal mínimo, visando limitar a tipificação descomedida que se observa no direito penal de *prima ratio*, intolerante, excessivamente interventivo e desproporcional.

A política criminal moderna tende a reduzir ao máximo a atuação do Direito penal. Mas antes disso, o Estado deve proceder a uma valoração dos bens, de forma a atribuir ao Direito Penal a tutela daqueles sem os quais a convivência em sociedade seria impraticável.

O princípio da insignificância encontra respaldo na inexistência de lesão relevante ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora, ou seja, de tão inexpressiva a lesão ao bem jurídico, não é de se falar em ofensa. Trata-se, portanto, de limitação da tipificação de conduta, bem como de ferramenta de interpretação restritiva do fenômeno da adequação típica.

Via de regra, as penalidades decorrentes das infrações bagatelares deveriam ser resolvidas em outra esfera que não a penal, haja vista que além de desnecessárias e desproporcionais como qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos que fosse em razão delas determinada, as sanções corporais, de tão inexpressivas, não estariam revestidas do caráter preventivo e intimidativo que lhe são inerentes.

O princípio da insignificância encontra fundamento nos princípios da legalidade, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da adequação social, da proporcionalidade, da ofensividade e, ainda, da individualização da pena. O caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal demanda sua atuação especificamente em alguns casos particulares, nos quais os outros ramos do direito se mostram ineficientes para solucionar as lides da sociedade. De outra parte, para que se configure um ilícito penal, essencial a ofensa o bem jurídico, caso em que será determinada punição proporcional ao ilícito praticado.

Finalmente, não devem ser objeto do Direito Penal fatos aceitos pela sociedade. Se tipos legais preveem tipos proibidos, não podem ser assim consideradas condutas absorvidas e adequadas pelo meio social.

Assim, a conduta que se amolda a um fato típico formal, materialmente relevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.

A tipicidade está intimamente ligada ao conceito de tipo penal. Este se define como sendo a descrição de uma conduta negativa descrita na lei. Já a tipicidade, é a subsunção de um fato a uma norma penal incriminadora. Esta norma abstrata, muitas vezes não prevê situações inusitadas, pois o legislador ao formular o tipo o faz de maneira genérica. Essa abstração em muitos casos é prejudicial, pois engloba no rol das infrações até aquelas consideradas insignificantes. Para evitar

essas situações, atualmente discute-se muito a adoção de uma tipicidade material. Esta traz como fonte de análise, o conteúdo valorativo da conduta.

Após todo o estudo é possível concluir que o princípio da insignificância exclui a tipicidade da conduta. O princípio da insignificância nasce como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material da tipicidade. Assim, quando verificada uma conduta, cujo valor seja considerado irrisório, considera-se atípico o fato praticado. Este é sem dúvida o melhor posicionamento, a tipicidade da conduta deve ser afastada no momento em que for verificada sua insignificância.

O reconhecimento do caráter bagatelar de uma infração não transforma condutas ilícitas em condutas lícitas. A antijuridicidade permanece intacta. O que se pretende é a “transferência de competência”, da esfera penal para civil ou administrativa, como já o fazem alguns países.

Apesar de não previsto expressamente no ordenamento pátrio, é pacífica sua adoção como princípio do direito penal. As críticas que lhe são feitas podem ser todas rebatidas. Por ser princípio, independe de positivação. Ademais, não é de se falar em ausência de tutela, pois haveria transferência de proteção dos bens reconhecidamente ínfimos para outro ramo do direito.

Em relação aos tipos privilegiados e às infrações de menor potencial ofensivo, a conclusão que se chega é que as condutas materialmente típicas não chegariam sequer a configurar tais hipóteses, e por isso, qualquer sanção penal que lhes fosse imposta se mostraria desproporcional ao delito cometido.

Por fim, sua aplicação deve ser precedida de uma análise individualizada de cada caso, buscando-se, assim, inferir o grau de lesividade da conduta do agente em face do bem jurídico tutelado, o desvalor social da ação e a intensidade de sua culpabilidade.

Como se disse, a jurisprudência brasileira, em geral é unânime acerca da admissão do princípio da insignificância. Mas ainda não se definiu com clareza seus requisitos. Mesmo em sede de Tribunais Superiores, a maior dificuldade para que se reconheça o caráter insignificante da conduta parece residir na inexistência de definição do que seja “valor insignificante”. Em outras palavras, até que ponto pode ser aplicado o princípio da bagatela? Quais são os critérios para a definição do que seria valor irrisório?

Tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal já consignaram que o princípio da insignificância deve ser aplicado levando-se em consideração a realidade socioeconômica brasileira, e não o patrimônio da vítima ou o salário mínimo vigente, como fazem alguns juízes, uma vez que se assim não fosse, grande parte da população ficaria sem proteção no que se refere aos crimes contra o patrimônio.

Ao mesmo tempo em que não se pode negar a importância do princípio enfocado, ressalta-se que ele não deve ser manejado de maneira a incentivar condutas atentatórias que,

toleradas pelo Estado, poderiam afetar seriamente a possibilidade de uma proveitosa vida coletiva. Por essa razão, conclui-se que o princípio da insignificância deve ser aplicado única e exclusivamente em casos de ninharia, não podendo ser utilizado em hipóteses em que seja admissível o furto privilegiado, cuja consequência pode se restringir ao pagamento de multa.

Quanto às circunstâncias de caráter pessoal (maus antecedentes, reincidência, inexistência de processos em curso apurando a mesma prática delituosa), pode-se afirmar que não têm o condão de interferir no reconhecimento do caráter bagatela da infração uma vez que a utilização de dados pessoais como fator de determinação da relevância/irrelevância da conduta representa aplicação do criticado Direito Penal do Autor, incompatível com o Estado Democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Martin Claret: São Paulo, 2007.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Manual de Direito Penal*. v.1. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Código Penal Comentado – 3. Ed. Atual.* – São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *HC. 104820*, 2ª T, Relator: Min. Ayres Britto, 2010. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> Acesso em: 18 de ago 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, *HC. 94649*, 1ª T, Relatora: Min. Carmen Lúcia, 2008. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> Acesso em: 18 de ago 2018.

RIO GRANDE DO SUL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp 835.553*, 5ªT, Relatora: Min. Laurita Vaz, 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 29 de ago 2018.

SÃO PAULO, Supremo Tribunal Federal, *HC. 104820*, 2ªT, Relator: Min. Ayres Britto, 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 29 de ago 2018.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl. no AgRg. no Ag. 100.787/SP 1996/0009507-8*, 6ªT, Relator. Min. Luis Vicente Cernicchiaro, 1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 31 de ago 2018.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça, 6ªT, *HC 241.121*, Relator: Min. Og Fernandes. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> . Acesso em: 21 set de 2018.

MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T, *REsp 1206030*, Relatora: Min. Laurita Vaz, 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 21 set 2018.

RIO GRANDE DO SUL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1.171.199*, 5ª T, Relator: Min. Gilson Dipp, 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> . Acesso em: 02 set 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, *APR: 10105110027031001*, 5ª C.C, Relator: Alexandre Victor de Carvalho. 2013. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/> Acesso em: 02 set 2018.

DISTRITO FEDERAL, Supremo tribunal Federal, *HC 112.563*, 2ª T. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 02 set 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça, *HC 186.728*, 5ª T, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/ST> . Acesso em: 02 set 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça, *HC 211.695*, 6ª T, Relator: Min. Og Fernandes, 2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21812994/habeas-corpus-hc-211695-rs2011-0152543-0-stj/certidao-de-julgamento-21812997>. Acesso em: 02 set 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v.1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de Direito penal, volume 1: parte geral*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Diomar Ackel. *O princípio da insignificância do direito penal*. Revista de Jurisprudencia de Alçada de São Paulo. 2008

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Princípio da insignificância: STF concede quase 1/3 dos HCs. Juízes ainda condenam por um pote de manteiga* Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 11 de março de 2011. Acesso em: 01 set 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GOMES, Dermeval Farias Gomes Filho. *A dimensão do Princípio da Insignificância*. Artigo extraído da internet no site: <http://mpdft.gov.br>. Acesso em 01 set 2018.

JESUS, Damásio E. de *Direito Penal*, volume 1: parte geral, 30.ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MAIA, Cândido Furtado Maia Neto. *Justiça Penal Democrática e dos Direitos Humanos*. Artigo extraído do site www.apmppr.org.br. Acesso em 10 set. 2018.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*. v.1. 4.ed. São Paulo: Método, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, volume 1: parte geral, 24ª Ed. rev. E atual. Até 31 de dezembro de 2006. – São Paulo: Atlas, 2007.

- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. v.1, 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3.ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.