

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
BACHARELADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – DIREITO

ELISÂNGELA NASCIMENTO DANTAS

**ANALISE CRÍTICA DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

SOUSA-PB

2015

ELISANGELA NASCIMENTO DANTAS

**ANALISE CRÍTICA DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso Bacharelado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Dr. Jardel de Freitas Soares

SOUSA-PB

2015

ELISANGELA NASCIMENTO DANTAS

**ANALISE CRÍTICA DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso Bacharelado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares
Orientador (UFCG)

Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

Prof. Ms. Cleanto Beltrão de Farias

À Deus, autor do meu destino, aos meus pais Francisco Dantas e Maria Auxiliadora, as minhas irmãs Elissandra e Natália, aos meus sobrinhos, e a minha eterna amiga Regina Maria Alves Viana pelo apoio, torcida e incentivo em minha caminhada. **DEDICO.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me guia, permitindo que mais este degrau em minha vida acontecesse, e que está ao meu lado, protegendo-me e proporcionando-me as minhas maiores e melhores vitórias.

A Universidade Federal de Campina Grande, em todo seu corpo discente, administrativo, gestor, que em sua organização e existência, oportuniza que o ciclo de realizações em nossas vidas acadêmicas e profissionais, possam verdadeiramente acontecer.

Ao meu Prof. Jardel de Freitas Soares, por sua dedicação, esforço, orientação, neste trabalho científico.

A minha mãe Maria Auxiliadora, pelo apoio incondicional, incentivo e dedicação a mim nos momentos de maior dificuldade e cansaço.

Ao meu pai Francisco Dantas que mesmo diante de tantas dificuldades enaltece o meu saber, fortalecendo-me em todos os momentos.

Agradeço minhas irmãs Elissandra e Natália, que entenderam que o futuro só se faz com a dedicação do presente, aos meus sobrinhos Kléber Filho, Arhur, Nathan e Maria Alice, que são o combustível para minha luta, tornando-me o exemplo positivo para os mesmos.

Agradeço a minha eterna amiga e companheira de todas as horas, Regina Maria Alves Viana, que tanto esperou por este dia, pela minha vitória e que certamente está vibrando por mais esta conquista.

Ao meu amigo Silvio Maciel que muito contribuiu para o meu sucesso.

Por fim quero agradecer a todos os meus amigos, familiares, que de alguma forma contribuiu para minha formação.

Epígrafe

RESUMO

O presente trabalho traz como temática Uma análise crítica acerca da aplicabilidade do Princípio da Insignificância no direito penal brasileiro: aspectos históricos e jurídicos que norteiam este princípio. Desta forma o objetivo geral consiste em analisar o real sentido e alcance do princípio da insignificância no ordenamento jurídico penal brasileiro. Já os objetivos específicos propõem compreender os aspectos históricos e jurídicos do princípio da insignificância; refletir sobre o princípio da insignificância e sua estreita relação com diversos princípios consagrados na esfera penal e fazer uma reflexão quanto aos requisitos necessários para que se possa recorrer ao princípio da insignificância e em que caso cabe sua aplicação. Para alcançar os objetivos propostos, a metodologia adotada consiste numa revisão bibliográfica, a partir da leitura e fichamento de textos em livros, revistas, periódicos, artigos e nos meios eletrônicos, em sites que disponibilizem estudos desta temática. O princípio da insignificância tem como principal efeito a atipicidade da conduta, os fatos materialmente atípicos – afasta-se, pois, a tipicidade material – devem ofender, de forma suficiente, o bem, a ponto de acarretar a atuação do Estado; se a lesão causada ao bem jurídico for ínfima, a lei penal não deve se ocupar de tal ação por ela não ser típica. Diante do exposto, mesmo que de forma sintética, conclui-se que, perante uma lesão ínfima a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, deve-se sem dúvida aplicar o princípio da insignificância.

Palavras-Chaves: Aplicabilidade. Direito Penal. Princípio da Insignificância.

ABSTRACT

This work brings the theme An analysis on the applicability of Bickering principle in the Brazilian criminal law: historical and legal aspects that guide this principle. Thus, the overall objective is to analyze the real meaning and scope of the principle of insignificance in the Brazilian criminal law. Have the specific objectives propose understand the historical and legal aspects of the principle of insignificance; reflect on the principle of insignificance and its close relationship with several principles enshrined in the criminal sphere and to reflect on the necessary requirements so that you can appeal to the principle of insignificance and in that case fits your application. To achieve the proposed objectives, the adopted methodology consists of a literature review, from reading and book report texts in books, magazines, periodicals, articles and electronic media, on websites that offer studies of this issue. The principle of insignificance has the main effect of the atypical behavior, materially atypical facts - departs therefore material typicality - should offend, sufficiently, well, about to lead to state action; if the injury caused to the legally protected interest is negligible, the criminal law should not engage in such action because it is not typical. Given the above, even in summary form, it is concluded that, given a tiny injury to a legally protected interest supervised by the Criminal Law, one should certainly apply the principle of insignificance.

Keywords: Applicability. Tort law. Principle of Bickering.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA NATUREZA JURÍDICA	12
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	17
3 A TIPICIDADE DA CONDUTA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E OS SEUS EFEITOS	23
3.1 TIPICIDADE FORMAL.....	25
3.2 TIPICIDADE MATERIAL.....	26
4 INSIGNIFICÂNCIA COMO PRINCÍPIO DO DIREITO PENAL: LIMITES E POSSIBILIDADES	35
4.1 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA SISTEMÁTICA PENAL E SUA APLICABILIDADE.....	37
4.1.1 Aplicabilidade em crimes contra a Administração Pública.....	42
4.1.2 Aplicabilidade em crimes contra a ordem tributária e em crime de descaminho.....	43
4.1.3 Aplicabilidade em crimes de moeda falsa.....	44
4.1.4 Aplicabilidade em crimes de ordem patrimonial.....	45
4.1.5 Aplicabilidade em crimes relacionados a entorpecentes.....	45
4.1.6 Aplicabilidade em crimes de lesão corporal.....	46
4.1.7 Aplicabilidade em crimes contra o meio ambiente.....	46
4.2 OUTROS ASPECTOS IMPORTANTES NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO.....	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

A proteção que a sociedade tem em relação aos seus bens jurídicos de maior relevância é devida ao Direito Penal e tem respaldos no princípio da intervenção mínima, levando-se em consideração que a lei penal significa o último recurso a ser tomado como meio de garantir essa segurança e proteção. Além do mais, a aplicação do Direito Penal só deve ocorrer diante da expressividade que a ofensa causada pela conduta exigir a necessidade da pena.

É tarefa do legislador escolher quais são os bens fundamentais à sociedade, isto é, quais os bens jurídicos precisam ser tutelados. Contudo, ao estabelecer os tipos penais, o legislador não tem como excluir do seu campo de incidência às condutas que não danificam significativamente o bem jurídico. Não obstante, cabe ao julgador, em face do caso concreto, decidir se a lesão é expressiva e se deve acarretar pena.

O sistema de execução penal, não só no Brasil. Bem como no contexto mundial, mantém desde seus primórdios a privação da liberdade como pena mais comum, podendo-se dizer que esse é seu elemento estruturador.

Assim, com o aumento da micro-criminalidade em larga escala, o Poder Judiciário e o Legislativo começaram a buscar alternativas à pena privativa de liberdade. Sob esse aspecto, o princípio da insignificância surge como o fim excludente da tipicidade material de crimes com mínima ofensa ao bem jurídico penal tutelado, servindo, por assim dizer, de “corretivo” limitador da tipicidade formal.

O referido princípio vem ganhando força e sendo largamente aplicado pelos tribunais brasileiros, se mostrando um importante instrumento que corrige os desvios da aplicação penal no tocante à estrita formalidade da subsunção de um fato ao modelo penal abstrato previamente definido. Por mais que o princípio da insignificância não esteja explícito na legislação brasileira, sua incidência no caso concreto é importante para reafirmar o caráter subsidiário do Direito Penal e garantir a efetividade do princípio da dignidade humana, essencial ao Estado Democrático de Direito.

É importante ressaltar que este princípio não exclui a tutela do bem jurídico, apenas a afasta da seara penal, podendo ser levada para outros campos do direito. Portanto, a discussão acerca do princípio da insignificância gera bastante polêmica, não somente em face do seu reconhecimento e aplicação, mas também nos requisitos que determinam a sua correta incidência no caso concreto.

Nestes aspectos, faz-se de fundamental importância buscar compreender o contexto histórico e a natureza jurídica deste princípio, como esse se processa e quais os fatores essenciais para aplicação desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a abordagem desta temática traz como problemática o seguinte questionamento: em que se fundamenta o princípio da insignificância e como se dá a sua aplicabilidade no direito penal brasileiro?

A justificativa para o interesse do estudo, partiu da premissa de conhecer a propriedade e natureza jurídica do princípio da insignificância, como este vem sendo aplicado no direito penal brasileiro e como se posicionam conceituados doutrinadores a esse respeito. Acreditamos que é salutar aprofundar os estudos para galgar mais conhecimento acerca desse princípio, uma vez que, ainda existem muitas controvérsias em torno do mesmo.

Sendo assim, é salutar para aqueles, enquanto acadêmico das ciências jurídicas, aprofundar as discussões em torno do princípio da insignificância, ao ponto deste estudo vir a oferecer subsídios para que outros estudos sejam desenvolvidos, tanto no âmbito acadêmico, como no âmbito jurídico-social, uma vez que, o direito pertence a todos e, portanto, é relevante que a sociedade também possa usufruir destes conhecimentos, em razão de se apropriar dos direitos que lhes são destinados.

Desta forma, visando responder aos questionamentos proposto, traçamos como objetivo geral deste estudo analisar o real sentido e alcance do princípio da insignificância no ordenamento jurídico penal brasileiro. Já os objetivos específicos propõem compreender os aspectos históricos e jurídicos do princípio da insignificância; refletir sobre o princípio da insignificância e sua estreita relação com diversos princípios consagrados na esfera penal e fazer uma reflexão quanto aos requisitos necessários para que se possa recorrer ao princípio da insignificância e em que caso cabe sua aplicação.

Neste contexto, para alcançar os objetivos propostos, a metodologia adotada consiste numa revisão bibliográfica, de caráter descritivo e exploratório, com abordagem qualitativa, a partir da leitura e fichamento de textos em livros, revistas, periódicos, artigos e nos meios eletrônicos, em sites que disponibilizem estudos desta temática.

Esquemáticamente, o estudo encontra-se sistematizado da seguinte maneira: o primeiro momento traz a apresentação da temática, a problemática, a justificativa, os objetivos e relevância do estudo. No segundo momento, apresenta o marco teórico, onde se encontra como discussão os seguintes pontos: A delimitação conceitual do princípio da insignificância e sua natureza jurídica: aspectos históricos do princípio da insignificância; a atipicidade da conduta do princípio da insignificância e os seus efeitos; tipicidade formal; tipicidade

material; a insignificância como princípio do direito penal: limites e possibilidades; o princípio da insignificância na sistemática penal e sua aplicabilidade; aplicabilidade em crimes contra a administração pública; aplicabilidade em crimes contra a ordem tributária e em crime de descaminho; aplicabilidade em crimes de moeda falsa; aplicabilidade em crimes de ordem patrimonial; aplicabilidade em crimes relacionados a entorpecentes; aplicabilidade em crimes de lesão corporal; aplicabilidade em crimes contra o meio ambiente e outros aspectos importantes na aplicação do princípio.

O terceiro momento é composto dos aspectos metodológicos, cuja metodologia adotada para desenvolvimento do estudo foi um levantamento bibliográfico, a partir da leitura e fichamento de textos e livros, revistas, artigos, periódicos e em sites de busca, no âmbito jurídico, para reforçar as discussões e subsidiar a proposta de estudo. Quanto ao tipo de pesquisa, no trabalho foi realizada pesquisa bibliográfica, com base na doutrina e na jurisprudência, seguida de descrição e análise do material obtido.

Por fim, são apresentadas as considerações finais, com uma visão geral de tudo o que aportado na fundamentação teórica, assim como a apresentação da visão do autor sobre todos os aspectos inerentes aos objetivos elencados e as sugestões para aprofundar o assunto ora estudado. Encerra-se, portanto, com as referências dos autores que foram utilizados para a construção de todo o estudo.

2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA E NATUREZA JURÍDICA

Não é possível encontrar o conceito do princípio da insignificância em um dispositivo legal, seja ele constitucional ou infraconstitucional. Logo, sua criação se deu de forma secundária no Direito, através de outros princípios, da doutrina e da sua aplicação nos tribunais.

De qualquer maneira, a jurisprudência e a doutrina buscam limitar a sua interpretação e nortear a sua aplicação, garantindo a efetividade desse novo meio de descriminalização. Lopes (2010, p. 29) reforça essa idéia ao defende que:

Em razão da doutrina não dá um conceito para delito insignificante, os juristas apenas deduzem o que este princípio significa e representa dentro dos limites da interpretação constitucional e das leis em geral. E, por mais que a sua recepcionalidade no mundo jurídico seja afetada pela tônica conservadora, este princípio se justifica como fonte autêntica do Direito, tendo em vista, ser bem aceito pela doutrina e pela jurisprudência.

O autor vincula o princípio da insignificância à antijuridicidade material, mas acrescenta que isso apenas o caracteriza, não sendo suficiente para defini-lo. Importante para sua definição seriam os fatores quantidade e qualidade na consistência do crime e na ponderada aplicação da pena, mas sem submeter à ação constituidora ao fato típico.

De acordo Silva (2011, p. 82) “Entende-se por princípio da insignificância aquele através do qual é permitido extenuar a tipicidade de fatos inexpressíveis, onde não há reprovabilidade, de forma que sequer merecem valoração penal”.

Portanto, a tipicidade de fatos se apresenta sem qualquer relevância, uma vez que, a estes fatos inexistente um juízo de censura penal. A esse respeito, merece destaque o conceito do princípio da insignificância defendido por Gomes (2009, p. 132):

Infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca importância (ou seja: insignificante). Significa dizer que, trata-se de uma ação/comportamento 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 há justificativa de sua incidência no Direito Penal sobre o fato verdadeiramente insignificante.

Para Toledo (2009, p. 21) o referido princípio “referencia-se a gradação qualitativa e quantitativa do injusto, permitindo que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal”. Nas palavras de Mañas (2008) ao realizar o trabalho de redação da tipicidade penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves.

Por esta ótica, vê-se que o princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como mecanismo de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático do viés criminal da expressão da regra constitucional do nullum crimen sine lege, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

Baseando-se nesses ensinamentos, pode-se afirmar que o princípio da insignificância visa eliminar a tipicidade material nos delitos de menor lesividade, excluindo-se ainda, desta forma, a tipicidade que incide num contexto geral e, por conseguinte, a tipicidade penal, desconfiguram o caráter delituoso da ação.

Toda ciência, seja ela jurídica ou não, tem como alicerce alguns princípios que orientam todos os seus demais fundamentos, com o fim de manter a veracidade de suas disposições e postulados.

Assim sendo, princípio é, na definição de Lopes (2010, p. 45):

O ponto central de um sistema, a base que o alicerça; disposição fundamental que se reflete sobre normas distintas e que fazem parte da composição das normas, atuando como essência para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Sua serventia fundamental é interpretar o raciocínio da lei, de tal maneira a se manter uma lógica, uma coerência de todo o sistema normativo, seja no âmbito interno, seja no ambiente externo à própria legislação.

Diante de tamanha relevância, infere-se que, violar um princípio é muito mais sério que violar uma norma, pois a desobediência àquele, afronta não somente um mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de normas de Direito.

O direito penal, como todos os outros ramos do direito, se assenta em alguns princípios, os quais podem ser expressos (descritos na lei) ou implícitos (derivados de

valores), que servirão de fundamentos e conduzirão na elaboração das demais regras. Além de serem essenciais na interpretação e na aplicação das normas jurídicas no caso concreto, pois, constituem verdadeira limitação ao poder de punir do Estado.

Os princípios penais, conforme Prado (2007, p. 60) constitui:

O núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese servem de fundamento e limite à responsabilidade penal.

Conforme demonstrado pelo autor, tais princípios são diretrizes, constituem os pilares do Direito Penal e dentre tais postulados se encontra o Princípio da Insignificância, o objeto maior deste estudo.

O termo insignificância traz para o Direito Penal, a concepção de desprestígio a um objeto jurídico que inicialmente seria amparado pelo Direito. Neste contexto, Lopes (2010, p. 64) define os crimes insignificantes como: “os que pertinem a ações aparentemente típicas, mas de tal modo inexpressivas e insignificantes, que não merecem a reprovabilidade penal.”

O princípio da insignificância, encontra-se como um princípio implícito do direito penal e tem por escopo afastar a relevância penal de atos que, ainda estando descritos na tipicidade penal, não afetam significativamente o bem jurídico protegido pela norma. Isto é, a conduta do agente atinge o bem tutelado de forma tão ínfima que não justificaria mover todo o processo penal para julgá-lo.

Assim, tomando-se por base os ensinamentos de Toledo, o primeiro doutrinador que se reportou sobre alcance do princípio, temos que “o Direito Penal, em razão da fragmentação que sua natureza apresenta, somente chega a alcançar o que seja necessário efetivamente para a proteção do bem jurídico. Não deve preocupar-se com bagatelas” (2009, p. 73).

O princípio da insignificância, ou também chamado crime de bagatela próprio, ocorre quando uma ação tipificada como crime, praticada por determinada pessoa, é irrelevante, não causando qualquer lesão à sociedade, ao ordenamento jurídico ou à própria vítima. Aqui não se discute se a conduta praticada é crime ou não, pois é caso de excludente de tipicidade do fato, diante do desvalor e desproporção do resultado, no caso, insignificante, onde a atuação estatal com a incidência de um processo e de uma pena seria injusta.

Portanto, O princípio da insignificância constitui um instrumento por cujo meio o juiz, em razão da manifesta desproporção entre crime e castigo, reconhece o caráter não criminoso de um fato que, embora formalmente típico, não constitua uma lesão digna de proteção penal.

Por essa ótica, pode-se dizer que, o princípio da insignificância tem sua gênese na proteção dos bens essenciais. Vale dizer que, nestes termos, não se ocupa o direito penal de atos que, mesmo formalmente puníveis, não tenham minimamente colocado em risco objetos protegidos juridicamente. Corroborando com o exposto, Bittencourt (2007, p. 27) expõe que:

A tipicidade penal exige uma 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. [...] é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal.

O postulado da insignificância é uma teoria de boa técnica, de bom senso, e age em conjunto com o princípio da proporcionalidade ao restringir a ação do Estado sobre o sujeito que comete uma infração irrelevante.

Gomes (2009, p. 92) ensina que “a insignificância exclui desde logo danos de pouca importância: o crime de maus tratos, portanto, não se dá com qualquer tipo de dano à integridade, senão somente aqueles relevantes [...] injuriosa é só a lesão grave à pretensão social de respeito”. Diante destes inúmeros conceitos e para facilitar seus julgados, o Supremo Tribunal Federal (STF), apresentou requisitos para facilitar sua aplicação. Assim, pelo ângulo do agente, a conduta deve revelar “uma extrema carência material, ocorrerá numa concreta ambiência de vulnerabilidade social do suposto autor do fato. Pela perspectiva da vítima, a apreciação da “relevância ou irrelevância penal deve atentar para o seu peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeito da conduta do agente, a ponto de não experimentar revoltante sensação de impunidade”.

Quanto aos meios e modos de realização da conduta, não se admite considerar insignificante, o comportamento que se dê mediante um ato violento ou que ameace física ou moralmente à pessoa que sofreu a ação. Pelo ângulo do Estado, deve representar uma desnecessidade do poder de punir, isto é, a pena se torna desnecessária e desproporcional diante á insignificância da conduta. E finalmente o objeto material dos crimes patrimoniais terá que ser de valor insignificante.

Diante o exposto, perfaz que o princípio da insignificância compreende um instrumento essencial para interpretar de forma restritiva o tipo penal, de tal modo que em uma visão mais simples, permite discriminar condutas irrelevantes que não afetem o bem jurídico tutelado e; numa visão mais complexa, permite a garantia da proteção dos indivíduos em face do poder punitivo do Estado.

Chega-se, então, à premissa de que a insignificância da lesão arrasa o juízo de tipicidade material, que se projeta sobre o injusto e, portanto, não há crime. Ainda, cabe ressaltar a confusão que se faz com este princípio e o crime de bagatela. Porém, de acordo com Lopes (2010, p. 63) a distância é enorme entre os conceitos, vejam seu comentário sobre o assunto:

A lesão caracterizadora medicamente como um mero eritema (que causa simples rubor na vítima), conquanto possa ser registrada por perícia imediata ou confirmada por testemunhas, é de significação ridícula para justificar-se a imposição de pena criminal face à não adequação típica da mesma, posto que a noção de tipicidade, modernamente, engloba um valor lesivo concreto e relevante para a ordem social. Assim, nesse caso, tem-se a inexistência da tipicidade do crime face à incidência do princípio da insignificância por falta de qualidade do resultado lesivo. [...] A lesão corporal por sua vez, que provoca na vítima incapacidade para suas ocupações habituais [...] e que, portanto jamais poderia ser considerada insignificante- pode dispor de um modelo processual mais célere, condicionando-se, mesmo, a iniciativa da ação penal à vítima, ou deferindo o perdão judicial nos casos em que houver pronta e justa reparação do dano, poderá ser considerada crime de bagatela.

Desta forma, pode-se concluir que as infrações bagatelares são o que denominam atualmente de infrações de menor potencial ofensivo, são típicas e atingem o bem jurídico tutelado, ainda que de forma reduzida. Portanto, merecem ser sancionadas. Diferente do princípio da insignificância, que como dito anteriormente, apesar de se enquadrar na descrição típica do fato penal, não causa dano ao bem tutelado, e não é passível de sanção.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

As mudanças sociais que influenciam as ciências jurídicas e que tiveram espaço e conseqüências no ordenamento jurídico pátrio, são em muito inspiradas em avanços e reflexões operadas anteriormente em ordenamentos estrangeiros, aos poucos obtendo espaço entre os juristas brasileiros. Processo que, conforme Lopes (2010, p. 75) Assis Toledo teve relevante papel, influenciando a reforma consignada no Código Penal (CP) em 1984, quando se passou a primar pela necessidade da pena, adotou-se o princípio da culpabilidade, excluiu-

se a medida de segurança ao imputável, reformulou-se o livramento condicional, o crime continuado, deu-se maleabilidade à execução penal, conforme descrito pelo referido autor.

Procurou-se amoldar o Código às tendências modernas, optando claramente por um direito penal com características democráticas, em consonância com um Estado Democrático de Direito.

A adoção no Brasil, do Princípio da Insignificância, da mesma forma que outros de nossos institutos jurídico-penais, tem inspiração em ordenamentos estrangeiros, que paulatinamente adquiriram espaço entre nós. Antes de se tornar fundamento recorrente de decisões e manifestações diversas na prática diária de nossas varas criminais e tribunais, ele já aparecia, por exemplo, no Código Penal Alemão, em seu art. 3º, como nos relata Queiroz (2012, p. 125):

Inexiste a subsistência do ato infracionário, diante da inobstância à conformidade da conduta perante o que vem a fornecer a descrição legal de um tipo de crime, cujas conseqüências do fato em face dos direitos e dos interesses dos cidadãos e da sociedade e da culpabilidade do réu sejam insignificantes.

No Brasil, verificamos esta tendência já no Código Criminal do Império, que já previa ser possível não se punir alguns crimes, tomando por base a pena a eles cominadas. Queiroz (2012) comenta inclusive, que em relação ao crime de furto a pena era graduada conforme o custo do bem furtado (art. 330), demonstrando já àquela época o entendimento de que nos delitos patrimoniais a simples restrição da liberdade do agente não seria suficiente para sanar o prejuízo por ele causado. Também o primeiro Código Penal Republicano, no escopo do art. 16, previa que, de acordo com Silva (2004, p. 72) “não será punida a tentativa de contravenção e nem a de crime ao qual não fosse imposta maior pena que a de um mês de prisão celular”.

Nossos tribunais há muito o princípio da insignificância já vem sendo adotado reiteradamente, sendo tomado como coisa julgada o apontado como a primeira menção do Princípio da Insignificância, como alude Mañas (2008, p. 59):

Acidente de trânsito – Lesão Corporal – Inexpressividade da lesão – Princípio da Insignificância – Crime não configurado. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois -, há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente tão oneradas.

A doutrina fala de sua necessidade. Desta forma, se observou que a tipicidade da conduta nestes termos, requeriam, para consignação do bem jurídico afetado, que este apresentasse sempre alguma entidade, ou seja, algo grave, uma vez que, nem sempre o bem afetado se configuraria como uma tipicidade penal, por, exatamente, não ter características graves na conduta praticada. A esse respeito, Maia Neto (2009, P. 134) afirma que:

Outras hipóteses permissivas de uso expresso do princípio da oportunidade ao titular do ‘jus persecuendi’, precisam ser catalogadas, entre elas, a ‘Diversión’ (Bélgica, França, Japão, Inglaterra) que permite ao Ministério Público o sobrestamento / arquivamento do processo, quando o réu a seu cargo toma certas obrigações de caráter ressocializador; bem como ampliar o instituto do Perdão Judicial, alargando as condições em casos de delitos menos graves, chamados ‘delitos de bagatela’, ‘crimes sem vítima’, em nome dos princípios da insignificância, da utilidade e economia processual, ou ainda quando se tratar de jovem delinqüente primário.

Sob esses aspectos, foi sendo, então construída, a noção do que sejam “infrações bagatelares”, que trazem a idéia de: Delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). É uma conduta ou ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso.

Na concepção de Gomes (2007, p. 92), tais infrações são classificadas como “infração bagatelar própria (onde inclui o princípio da insignificância) e imprópria. As próprias seriam infrações que já nascem sem relevância penal, por não apresentarem desvalor da conduta e nem desvalor de resultado”.

Há quem o critique pelo fato de não estar expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico. Evidente que, entre as possíveis críticas a se levantar contra o princípio, esta é das que menos tem procedência. Ora, bem se sabe que nem só de dispositivos de lei se faz o Direito, não sendo este o único dos princípios a não contar com previsão expressa. Muitos dos princípios que orientam o Direito Penal não estão positivados em textos legais, como a Humanidade das Penas ou a Intervenção Mínima.

No dizer de Lopes (2006, p. 24), do princípio da dignidade humana é possível retirar a insignificância “antes da criação do postulado da insignificância já se concretizava no Direito Romano o entendimento de que o magistrado não deveria se preocupar com questões insignificantes, conforme a máxima “*minimis non curat praetor*”. Ela foi criada objetivando mostrar que a tipicidade penal restringe-se restringir a condutas que possam ocasionar prejuízos ao bem jurídico tutelado, ou seja, o magistrado não deve cuidar das coisas mínimas.

E assim, de acordo com alguns historiadores, surgiu a base para a concretização da teoria da insignificância.

Contudo, é desta teoria da insignificância que se origina o postulado da tipicidade penal, mas que foi alvo de críticas no direito romano, devido ao fato dos romanos basearem seus atos da vida civil no direito privado, pois, na época, pouco se conhecia do direito público (inclusive do direito penal).

Desta forma aquele preceito (“*minimis non curat praetor*”) se apresentava apenas como uma máxima, não chegava a ser um princípio realmente, pois a noção que se tinha era muito limitada ou nenhuma.

Então, para os autores que criticam essa origem romana, o surgimento deste princípio se deu verdadeiramente na Europa, mais precisamente no período da 2ª Guerra Mundial, onde pessoas no intuito de sobreviverem passaram a cometer crimes de pouca importância, como o furto de comidas ou objetos irrelevantes.

Independente de onde tenha surgido, a verdade é que desde o século passado, autores como Von Liszt advertem quanto à necessidade de eliminar as pequenas questões do setor do ilícito penal porquanto o Direito Penal, desde aquela época, já se encontrava sobrecarregado, ocasionando a chamada inflação penal. Dai a primeira nomenclatura doutrinária “criminalidade de bagatela”.

Diante de todos os acontecimentos e com base nos importantes estudos de Hans Welzel apud Bittencourt (2007) (importante pesquisador deste princípio) que se deram por meio da hermenêutica e com ênfase no princípio da Adequação Social, se conseguiu provar que lesão de pouca monta deveria ser retirada da tutela do Estado. Inserindo, assim, o postulado em questão, no sistema penal. Seu preceito teórico e a possibilidade de restringir o alcance da tipicidade ganham força em 1964, com a análise de Roxin (2006), o qual foi responsável pela inovação ao postular os fatores que contribuem para a exclusão da tipicidade penal, são reconhecidamente por ele como insignificância.

Para Roxin (2006, p. 42) “o princípio da insignificância se relaciona ao axioma *minima non curat praetor*, alegando que a irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica que uma pena seja imposta, devendo excluir-se a tipicidade da conduta”.

Significa afirmar que o referido princípio inovado por Roxin, propôs a interpretação restritiva aos tipos penais, com a exclusão do crime a partir da insignificante importância das lesões ou danos aos interesses sociais. Incapacitando desta forma, o julgador de castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas a bens jurídicos.

Mesmos diante destes estudos, ainda que lentamente, os países começaram a inserir esse postulado no ordenamento jurídico. Em 1789, por exemplo, a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789, em seu artigo 5º, implicitamente, fez referência ao Princípio da Insignificância estabelecendo que a lei penal só deve alcançar graves ataques à sociedade.

Outro exemplo seria a inserção no nosso Código Penal Militar, dentre outros artigos, o art. 209,§6º diz: “No caso de lesões, levíssimas, o Juiz pode considerar a infração como disciplinar”.

Portanto, a utilização do princípio faz com que o ato que não veio a causar uma efetiva lesividade no bem jurídico tutelado deixe de ser materialmente punível, retirando do Direito Penal o interesse na satisfação da pretensão. Motivo pelo qual se mostra tão importante. Esse artigo mostra, claramente, a faculdade que o magistrado tem de se manifestar pela não tipicidade do delito, reconhecendo que a ofensa insignificante é caracterizadora tão somente de uma infração disciplinar.

Não há um consenso entre estudiosos doutrinários quanto ao surgimento do princípio da insignificância, sendo assim, sua origem é objeto de controvérsias. Sendo assim, vejamos alguns posicionamentos em torno do surgimento deste princípio.

Para alguns doutrinadores o princípio da insignificância teve sua origem no Direito Romano, como cita Ackel Filho (2008) ao afirmar que na Roma antiga, ao pretor, aquele responsável por exercer as funções judicantes, não cabia cuidar, de um modo em geral, de causas ou delitos considerados bagatela.

Consoante Prado (2008) antes mesmo de se criar o princípio da insignificância, no Direito Romano já havia concreto o entendimento de que não caberia ao magistrado ter preocupações com questões que não fosse significantes, conforme a máxima “*minimis non curat praetor*”.

Desta forma, pode-se asseverar que este princípio foi criado para mostrar que a tipicidade penal se restringiria tão somente a condutas que fossem capazes de lesar o bem jurídico tutelado, isto é, não era de competência do pretor cuidar de coisas ínfimas. Sendo assim, segundo alguns historiadores, foi a partir deste entendimento que surgiu a base para a efetivação da teoria da insignificância.

Entretanto, vale ressaltar a posição de outro doutrinador, que entende ser outra a origem do princípio da insignificância, no caso de Lopes (2006) ao defender haver ausência na especificidade do princípio, com o escopo de justificar menos a ausência de intervenção do Estado na seara penal do que na esfera civil. Segundo o autor isto é devido ao fato de os

romanos terem somente o Direito Civil bem desenvolvido e não possuírem a mínima noção de Direito Penal. Defende, ainda, que o princípio da insignificância teve sua origem ligada ao princípio da legalidade, sob a ótica do *nullum crimen nulla poena sine lege* passando por transformações que foram modificando o seu conteúdo de maneira a limitar-se aos desígnios criminalizadores (LOPES, 2006).

Dalbora (2010, p. 63) diz que esse brocardo, na verdade, “tem origem no pensamento liberal dos juristas renascentistas, e não no direito romano. Os juristas romanos desconheciam a ideia de insignificância, já que ele está ausente nos escritos dos principais glosadores”.

Nesta mesma linha de pensamento falta especificidade ao direito romano, dizendo que o de *minimis non curat praetor* servia apenas para justificar a ausência de providências do pretor no âmbito civil. Portanto, tomando-se por base o que afirma Lopes (2006), o referido princípio faz parte da evolução e dos desdobramentos do princípio da legalidade, cuja origem remonta ao pensamento *jus filosófico* dos iluministas.

Passada a controvérsia acerca da origem romana do princípio da insignificância, é de entendimento de grande parte da doutrina que o princípio em si surgiu na Europa, fruto da situação socioeconômica instaurada após as guerras mundiais. A grande massa populacional desempregada, aliada à falta de alimentos, acarretou o crescimento progressivo de delitos de ordem patrimonial, geralmente furtos de valores ínfimos, originando a chamada criminalidade de bagatela.

Segundo Silva (2010, p. 22) “o princípio da insignificância incorporou-se ao Direito Penal pelos estudos de Claus Roxin, no ano de 1964, o qual se adotou como postulado de validade geral para determinação do injusto, partindo da máxima latina de *minimis non curat praetor*”. Contudo, ele assevera que, por mais que a formulação atual do princípio seja atribuída a Roxin, são encontrados traços do princípio da insignificância na obra de Fran Von Liszt, de 1903, ao afirmar que a legislação da sua época fazia uso excessivo da pena e indagar se não se fazia necessário restaurar o brocardo de *minimis non curat praetor*.

Greco (2008) entende que, embora grande parte da doutrina afirme que o princípio já vigorava no direito romano, a criminalidade de bagatela e, conseqüentemente, o princípio da insignificância, surgiram na Europa, no período que sucedeu a Primeira Guerra Mundial. Logo depois, já após a Segunda Guerra Mundial, era crescente o número de pequenos delitos de ordem patrimonial e econômica, isto é, furtos de pequeno valor, daí a origem da nomenclatura “crime de bagatela”. Completa dizendo que o desenvolvimento do princípio foi mérito de Claus Roxin.

Partindo das análises dos autores citados, é possível concluir que, Claus Roxin foi, para a maioria dos doutrinadores, o grande formulador do princípio da insignificância no Direito Penal moderno, com base no antigo brocardo romano.

No que diz respeito à sua recepção pelo campo doutrinário brasileiro, inúmeros juristas brasileiros aceitam o princípio da insignificância como autêntico e necessário ao Direito Penal, interpretando-o de forma a adequar sua correta aplicação no âmbito da ciência criminal. .

3 A ATIPICIDADE DA CONDUTA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E OS SEUS EFEITOS

O crime vem a ser uma construção fundamentalmente jurídico-penal, não obstante possa ser objeto de estudo em outras ciências; criminologia, medicina legal, sociologia, etc. Conceitualmente devem-se levar em conta três aspectos principais: a) formal – dá relevo à contradição entre o fato concreto e o preceito legal – crime é a infração à lei penal escrita; b) material – refere-se ao conteúdo do ilícito – dano ou lesão social – está adstrito aos valores constitucionais; e c) analítico – o crime é decomposto em partes estruturadas em uma relação lógico-abstrata: é o ato ou a omissão típico, antijurídico e culpável (SANTOS, 2008).

O ato comissivo ou omissivo é típico quando se subsume ao modelo em abstrato descrito no tipo legal. O ato comissivo ou omissivo típico é ilícito quando não está amparado por uma causa que o exclua. E o ato comissivo ou omissivo típico e ilícito é culpável quando reprovável ao sujeito ativo. Todos esses elementos estão dispostos de forma lógica, ou seja, somente um ato comissivo ou omissivo pode ser típico; só quando típico pode ser ilícito e apenas quando ilícito pode ser considerado culpável.

Fato típico é todo comportamento comissivo ou omissivo, provocado pelo homem, perfeitamente conexo à norma. Constituem elementos do fato típico: a conduta, o resultado, o nexos causal e a tipicidade. Isto é, crime é tudo aquilo e tão somente aquilo que a norma prevê como tal. Considerado em abstrato, crime é o fato típico, o modelo legal, a hipótese descrita no tipo penal. Em concreto, o crime é o fato que se encaixa no molde normativo. Em outras palavras, o fato típico é constituído pela descrição de um fato da vida humana, por uma norma incriminadora. Isto é, fato típico é o fato que apresenta uma característica específica, a característica específica da tipicidade (ZAFFARONI; PIRANGELI, 2009).

Para que a ação do sujeito ativo seja considerada crime, obrigatoriamente deve ser típica, isto é, deve o sujeito atuar de acordo com o tipo penal. Essa é a descrição da conduta humana feita pela norma penal e correspondente ao ilícito.

A tipicidade é a subsunção do fato à norma. Ou seja, é a conformidade do fato ao tipo penal. Faz-se necessário distinguir tipo de tipicidade; tipo é uma figura resultante da imaginação do legislador, ao passo que o juízo de tipicidade é a averiguação que sobre uma conduta se efetua para saber se apresenta os caracteres imaginados pelo legislador.

Do que foi dito, pode-se deduzir que a tipicidade consistirá necessariamente e sempre de uma atividade humana, comissiva ou omissiva, pois a contrariedade ao comando da norma, que concretiza a realização de um tipo delitivo que somente se estabelece diante da existência

de uma ação ou omissão, deve ser fruto de uma vontade capaz de orientar-se pelo dever-ser da norma.

Entretanto, não se pode confundir adequação social com causa de justificação. A primeira já é, desde o início, excluída do tipo porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social, no entanto, a segunda somente não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica.

Isto posto, a teoria da adequação social se revela como um princípio de interpretação dos tipos previstos no ordenamento penal, visto que se excluem os comportamentos considerados como socialmente corretos. Como consequência de sua aplicação, não são consideradas típicas as condutas praticadas dentro do limite de ordem social normal da vida humana, haja vista serem compreendidas como toleráveis pela própria sociedade.

Nesse sentido, a punição do comportamento humano está subordinada a uma subsunção de comportamento que preenche o tipo tanto formal quanto materialmente. Isso é, essa subsunção não será possível se a conduta realizar tão somente a descrição legal prevista no ordenamento e não fizer o conteúdo material do injusto, bastando para excluir certas lesões insignificantes.

Nesse mesmo sentido, surge o princípio da insignificância, como regra, que visa auxiliar na interpretação da norma, permitindo, na maioria dos casos, que sejam excluídos os danos de importância ínfima. Consoante Garcete (2011, p. 142):

O Direito Penal, apresenta natureza fragmentária, somente alcança aos fins que lhe seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando das bagatelas. Assim, no ordenamento jurídico penal pátrio, por exemplo, o dano previsto no art. 163, do Código Penal, não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas, sim, aquela lesividade que venha a ocasionar danos de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, § 1º, “d”, não será certamente a posse de uma quantidade pequena de produto estrangeiro, de valor reduzido, e, sim, a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão para o Fisco.

Através do princípio da Insignificância é possível que, na maioria dos tipos, seja excluída a tipicidade da conduta do indivíduo, pois ela de fato não chegou a ferir o bem jurídico tutelado. Além do que, uma contribuição secundária seria alcançada, que seria de uma diminuição da criminalidade.

É mister salientar que a gradação qualitativa e quantitativa do injusto é o que permite a exclusão do fato penalmente insignificante da tipicidade penal, mas pode, se necessário,

receber tratamentos de outros ramos do Direito, como o civil, o administrativo etc. O que é ressaltado é a maior amplitude e a anterioridade da ilicitude em relação ao tipo legal de crime.

Esse princípio existe devido a o fator de periculosidade social na conduta do agente ativo está ausente, embora o fato praticado seja típico e antijurídico. O que distingue um crime comum de um crime de bagatela, entre outros critérios, de acordo com a sua ínfima reprovabilidade, é a pequena importância na ofensa ao bem jurídico, a sua baixa nocividade social e, conseqüentemente, a desnecessidade de aplicação de uma pena.

Se o bem jurídico é lesado de forma irrelevante, a lei penal não deve ocupar-se de tal ação, pois não caracteriza a tipicidade da conduta, em virtude de se tolerar a conduta humana que representa gravidade escassa (GREGO, 2006).

Na realidade, o princípio da insignificância mostra-se como a válvula de resgate da legitimidade do Direito Penal. Esse é, na realidade, uma construção dogmática, amparada em conclusões de ordem político-criminal, de modo que a incriminação somente se justifique quando tenha ocorrido lesão ao bem tido como primordial pela sociedade, não justificando a interferência do Direito Penal para tutelar interesses morais ínfimos e condutas que, mesmo tendo características ilícitas, não atinjam de forma significativa a ordem social. É dizer que um ato infracionário somente será tido como criminoso caso, além do juízo de tipicidade formal, seja feito também um juízo de tipicidade material, visando verificar a ocorrência do pressuposto básico da incidência da lei penal, isto é, desde que haja lesão a um bem jurídico socialmente relevante.

3.1 TIPICIDADE FORMAL

A tipicidade formal se encontra caracterizada pelo ajuste da conduta humana aos elementos do tipo legal do ilícito correspondente. Isto é, evidenciada a mera coincidência formal entre o fato real e a hipótese abstrata expressa no ordenamento penal caracteriza o fato como formalmente típico.

Vale dizer que a tipicidade formal consiste na perfeita adequação da conduta do agente ao tipo previsto na lei penal, possuindo como elementos: a conduta humana voluntária, o resultado, o nexo de causalidade e a adequação formal. A tipicidade formal é resultado da comparação feita entre o tipo penal e o aspecto exterior da conduta, sem uma análise da vontade ou da finalidade do agente (BECCARIA, 2009).

É importante frisar que a tipicidade formal decorre de uma “função de garantia” do tipo penal, pois assim, passa-se a observar o princípio da anterioridade da lei penal, ou seja, não existirá crime sem uma lei anterior que o defina, bem como não haverá pena sem prévia cominação legal. O fato realmente insignificante é típico somente na aparência, mas não materialmente.

3.2 TIPICIDADE MATERIAL

A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e do resultado, lesando de forma efetiva o bem juridicamente protegido e constituindo o que chamamos de tipicidade material. Pode-se dizer que o conteúdo material subordina o formal. Assim, a falta do primeiro demanda a retirada do segundo.

Capez (2008, p; 32) alega “que se procura imputar ao tipo, além do seu aspecto formal, um sentido material”. Dessa forma, a conduta, para ter característica efetiva de crime, precisa ser típica, deve estar ajustada formalmente a um tipo penal, e, além disso, para se falar em tipicidade, a conduta, a um só tempo, deve ser materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável.

Por tal motivo, na tipicidade material não basta que a conduta humana esteja descrita na lei, deve-se ter um algo a mais: verificar se está conduta foi verdadeiramente danosa aos bens jurídicos, moral ou patrimonialmente. Assim, as ações humanas que não agridem a sociedade, por serem irrisórias e insignificantes, não merecem a apreciação do Poder Judiciário, devendo ser consideradas atípicas.

O princípio da insignificância tem seu fundamento na concepção material do tipo penal, por meio do qual é alcançada a proposição político-criminal da necessidade de descriminalizar condutas que, ainda tipicamente formal, não chegam a atingir de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal (DALLA-ROSA, 2007).

Assim, condutas que se enquadram a um determinado tipo penal, sob o aspecto formal, e não apresentam relevância quanto ao aspecto material, nesses casos, pode ser afastada de forma liminar a tipicidade penal, embora que o bem jurídico protegido não chegou a ser de fato lesado.

O tipo de injusto em sentido *strictu sensu* é composto de um núcleo, representado pela ação ou omissão e seu objeto, apresentando como base a lesão a um determinado bem jurídico. O tipo tido como norma de conduta tem o escopo de delimitar o poder de intervenção

Estatal, não podendo ser atingida sem um pressuposto material que lhe dê estabilidade (GUIMARÃES, 2010).

É por isso que na base de uma ação típica deve-se estabelecer a lesão ao bem jurídico. É dizer, inexistência do conteúdo material é capaz de gerar a exclusão da tipicidade, a qual é justificada pelo princípio da insignificância e pela adequação social.

Afirma-se que os tipos penais devem destinar-se às condutas realmente lesivas à ordem jurídica e social, porém, os mesmos jamais conseguirão abranger as infinitas mudanças sociais, as inúmeras possibilidades do mundo dos fatos, que não são apreendidas em sua totalidade por previsões abstratas.

Desta forma, acabam por alcançar práticas que resultam em lesões leves, aparentemente sem danosidade social. Aos operadores do direito caberá auferir se o bem jurídico foi afetado e com isso, a define-se tipicidade da conduta.

Aqui é possível tecer algumas breves reflexões a partir do pensamento de Hart (2002) e seu Conceito de Direito. Para o autor, regras, padrões e princípios são um instrumento do controle social e o Direito só pode existir, por ser possível comunicar padrões gerais de conduta. Tal comunicação se faz através de precedentes ou de leis. Porém, precedente ou lei, sempre apresentarão momentos de indeterminação, possuindo o que se designa por textura aberta.

O mundo não tem um número definido de aspectos, e nem todos os aspectos são conhecidos, por isso não seria possível estabelecer prescrições antecipadas para cada possibilidade. Isto traz uma relativa indeterminação de finalidades.

Não há meios de prever antecipadamente casos não contemplados pelas disposições humanas, surgindo à questão, se escolheria através da análise dos interesses concorrentes, da forma que melhor os satisfaça. Pode-se então entender que o domínio a ser tutelado juridicamente é tão variado que não poderão ser criadas pelo Poder Legislativo regras uniformes destinadas caso a caso sem diretivas oficiais posteriores.

Portanto, ainda conforme Hart, admitir essa textura aberta é reconhecer que há áreas em que muitos aspectos devem ser desenvolvidos pelos tribunais ou funcionários, que determinam o equilíbrio à luz das circunstâncias que variam para cada caso. Sobre a tarefa de verificar estas situações no dia a dia é uma missão que cabe ao próprio juiz, pois que a função jurisdicional escapa a qualquer criação legislativa. Não cabe ao juiz revogar a lei, mas pode afastar a aplicação diante do caso concreto, quando a aplicação resultaria em injustiça, feriria a consciência jurídica do povo, o sentido de 'justo' do julgador e da comunidade.

Alguns autores então, diante deste quadro de “abertura” do Direito, no que se refere ao Direito Penal e à aplicação de suas regras, trazem o Princípio da Insignificância como reitor da interpretação dos tipos penais. Roxim (2006, p. 163), por exemplo, propõe uma interpretação restritiva do tipo penal:

São necessários princípios regulativos como a adequação social, introduzida por Welzel, que não é elementar do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulamentos literais que também abranjam comportamentos socialmente respeitáveis. Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos. Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país.

Alguns afirmam que o Princípio da Insignificância seria um aspecto do próprio Princípio da Proporcionalidade. Bitencourt (2007, p. 24) opina que “segundo este princípio, é necessária uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade em que a conduta versa e que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal.”

Desta forma é muito importante que se leve com fator preponderante o peso da ação do agente, as causas e consequências em relação à punição a ser aplicada, levando-se em consideração a que ponto a intervenção estatal pode ocorrer. A esse respeito, Lopes apud Manãs (2008) descreve que:

A insignificância trata-se de um mecanismo a partir do qual a interpretação restritiva ocorre, com respaldo na concepção da materialidade do tipo penal, por meio do qual se alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da desnecessidade de descriminalização de condutas que não vindo a se apresentar formalmente típicas, não atingem de forma relevante ou gravemente, os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

Pode-se asseverar, por vez, que o acerto da proposição vem sendo cada vez mais acolhido pela doutrina e pela jurisprudência, pois o direito penal, por sua natureza subsidiária, de ultima ratio, somente deve ir até onde seja necessário à real proteção dos bens jurídicos, não podendo ocupar-se de ofensas inexpressivas aos valores tutelados.

Há consenso quanto à afirmação de que o Estado não deveria ocupar-se de pequenas questões, porém, ao mesmo tempo, não é possível se olvidar que, se o legislador incluiu a conduta entre as que devem ser consideradas criminosas, é porque se trata de situações que atingem bens jurídicos relevantes para a sociedade e para os indivíduos, a elaboração de cada

tipo específico já demonstra em si que se trata de comportamentos penalmente relevantes. Tem-se então, na visão de Sanchez (2013, p. 82) que:

O princípio da insignificância é o princípio penal que norteia a comparação entre o desvalor consagrado no tipo penal e o desvalor social da conduta do agente, aferindo, assim, qualitativa e quantitativamente lesividade desse fato para constatar-se a presença do grau mínimo necessário à concreção do tipo penal; se nesse cotejo axiológico verificar-se que o desvalor do ato ou do resultado é insignificante em relação ao desvalor exigido pelo tipo penal, então esse fato deverá ser excluído da incidência penal, já que é desprovido de reprovabilidade jurídica.

Porém, definir o que seja esta relevância ou reprovabilidade jurídica é dos maiores problemas no que se refere ao princípio da insignificância. Até mesmo em outras situações, apenas relacionadas a delitos patrimoniais, já há uma enorme indefinição, mais ainda no que tange à insignificância. Benfica (2010, p. 143) pondera que:

O princípio é muito liberal e procura esvaziar o direito penal. E, afinal, não é fácil medir a valorização do bem, para dar-lhe proteção jurídica. E sua adoção seria perigosa, mormente porque, à medida que se restringe o conceito de moral, mais fraco se torna o direito penal, que nem sempre deve acompanhar as mutações da vida social, infelizmente para pior, mas detê-las, quando nocivas.

Alguns tendem, de forma simplista, a considerar insignificante a conduta de indivíduo economicamente desfavorecido, quando então se pesa o desemprego, o descaso e a falência estatal e uma série de circunstâncias exteriores ao delito para concluir que, quando alguém em tal situação delinqüer, há que se considerar insignificante e, portanto, atípica a conduta.

Outras vezes, observa-se que, mesmo a lesão ao bem jurídico protegido sendo de porte pequeno, aquele determinado agente é também autor de diversos outros delitos de mesma natureza (insignificante), ostentando longa lista de antecedentes criminais. Nestes casos, apesar da conduta ser considerada irrelevante, tende-se a afastar a aplicação do princípio devido às anteriores práticas de seu autor, inclusive afirmando-se que este já faz do crime um meio de vida.

Há corrente que exige também a análise da culpabilidade do agente, assim, além de insignificante a conduta, deveria ser escassa também a reprovabilidade de seu autor, para que fosse possível a aplicação do Princípio da Insignificância. Diante do fato concreto o julgador obedece ao referido conceito analítico como se fora este um caminho a ser percorrido na formação de sua convicção. Verifica primeiramente se a conduta é típica, a seguir analisa a

antijuridicidade ou ilicitude da conduta (ausência de causas de justificação) e por fim observa a culpabilidade do agente.

A aplicação do Princípio da Insignificância atinge o primeiro elemento do conceito analítico de crime. Analisa-se a conduta e percebe-se, objetivamente, que esta deve ser considerada atípica, já que a lesão ou prejuízo não foi suficiente para que se pudesse considerar tal fato subsumido a uma norma, este o efeito principal da aplicação do princípio da insignificância. É excluída assim uma das mencionadas categorias que dão a natureza criminosa ao fato, o que prejudica a análise da existência das restantes.

Inexistente um dos elementos não há crime, pois ele não é conduta típica, ou antijurídica ou culpável, mas tais aspectos devem se cumular para que estejamos diante de um crime. Saliente-se que “a não tipicidade da conduta elimina a indagação quanto à existência do crime”, desta forma, não persistirá sequer a obrigatoriedade da denúncia pelo representante do Ministério Público, por isto a imensa importância de se fixar exatamente quais são os casos da atipia. Caso ocorra ainda assim a denúncia, Gomes (2011, p. 53) afirma que, “diante do enriquecimento dado à tipicidade penal modernamente, o juiz deve fazer sua análise já no recebimento da denúncia”. O caso do Princípio da Insignificância seria de atipicidade ou atipia material.

Da mesma forma, reflete Oliveira (2009, p. 63), afirmando que “embora uma conduta possa se ajustar a determinado tipo penal, enquanto subsunção (do fato à norma), nem sempre se fará presente a tipicidade do crime, se não houver lesão ao bem jurídico em que se acha inserido o referido tipo penal.”

Do trecho acima, percebe-se claramente que a aplicação do princípio é regida eminentemente pelo desvalor do resultado obtido pelo autor e se verifica a oposição entre tipicidade material e tipicidade formal, que é tema do capítulo destinado à tipicidade. No que se refere aos critérios de aplicação, a avaliação da significância da conduta se dá caso a caso e, com a reiteração de algumas situações concretas levadas ao Poder Judiciário, vão surgindo contornos, os quais não são absolutos.

Roxin (2006, p. 55) é lembrado dentro desta temática, sobre o que aponta: Maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinoso no sentido do Código Penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa.

Por violência não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser sensível, para adentrar no campo da criminalidade.

Segundo Bittencourt (2007) para incidir o princípio, deve haver uma análise contextual do fato e do ordenamento jurídico, verificando-se o que terá maior danosidade social, a conduta ou sua perquirição criminal. Considera-se então a importância do bem jurídico e a intensidade da lesão.

É o que afirma também Gomes (2011, p. 92) “para o reconhecimento da insignificância e, em consequência, da infração bagatela própria, é muito importante à análise de cada caso concreto, da vítima concreta, das circunstâncias do fato, local, etc.” Por outro lado, afirma-se também que analisar a culpabilidade quando se tem em vista o Princípio da Insignificância, é subversão da ordem sistemática e do caráter seqüencial da teoria geral do delito. Portanto o princípio tem caráter objetivo, sendo erro procedimental a análise de elementos subjetivos no momento da valoração do princípio. No momento da verificação da tipicidade, o Direito Penal é direito do fato e não do autor, sendo indevida qualquer análise de personalidade.

Esta é a posição de Gomes (2011, p. 99) afirmando que “o princípio se ocupa do fato objetivo, verificando-se que ele pode ser típico na aparência, mas não o é materialmente. As considerações pessoais (culpabilidade, vida anterior, antecedentes, restituição/ressarcimento do dano, ocasionalidade da infração) ficariam para o âmbito da irrelevância penal do fato”.

Em trabalho anterior, Gomes (2011, p. 102) verificou que:

Convencem tais argumentos, pois se veja: as descrições típicas são descrições de fatos, de ações (matar alguém, subtrair coisa alheia, constranger mulher, etc.). Em nenhum momento uma característica do autor é considerada na descrição típica, o que seria um grande absurdo: “indivíduo reincidente, com personalidade voltada para o crime matar alguém – homicídio”; “indivíduo de maus antecedentes e de péssima conduta social, se não ressarcir o prejuízo à vítima, subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel – furto.

Obviamente tais circunstâncias particulares do agente trarão as suas influências jurídico-penais, mas ao vislumbrarmos a subsunção do fato à norma que nos é dada, não cogitamos tais dados. Para verificar a ocorrência de homicídio, nos serve o Laudo Pericial comprovando a morte, para que a prática seja um homicídio não importam as condições do homicida. Para verificar a ocorrência de um furto procuramos a lesão patrimonial à vítima, autos de apreensão, avaliação e entrega (se sua lavratura foi possível), ou seja, para que consideremos a prática um furto, não nos importam as condições do “ladrão.

Efetivamente, não é de se considerar questões específicas da pessoa do réu, quando da análise da tipicidade da conduta, tais questões serão observadas quando for tratada a culpabilidade, esta entendida como o grau de reprovabilidade do autor.

Também se mantém a colocação de que os tipos penais descrevem comportamentos, ações, mas hoje se entende que é justamente por isto que o principal fator a ser observado não é o desvalor do resultado e sim da conduta descrita no tipo e realizada materialmente, o que analisaremos mais adiante.

Ainda entre os critérios para a aplicação do princípio, é evidente que não deve ter influência também a eventual miserabilidade do autor da conduta. Qualquer circunstância desta natureza poderá talvez ser considerada no momento da análise da antijuridicidade, ainda assim atentando-se sempre para não se julgar um indivíduo pelo que ele é e não por algo que fez. A pobreza eventualmente poderá caracterizar estado de necessidade, porventura a circunstância atenuante do motivo de relevante valor social, o que terá incidência em momento diverso e não no juízo de tipicidade sobre a conduta, o que também será tratado com maior cuidado adiante.

Claro ainda que não se deve considerar os antecedentes criminais do indivíduo autor de delito insignificante. É redundante dizer que cada crime deve ter sua análise individualizada e que ser o autor de uma, ou de várias condutas não é o que lhes confere tipicidade⁶³. Exceto se o fato configurar crime continuado, quando, de forma alguma, será considerado insignificante.

Diante de tais incertezas, são buscados critérios mais objetivos para a aplicação do princípio, ao menos para os delitos patrimoniais. Uma das tentativas é valer-se de legislações do âmbito do Direito Tributário para se obter um parâmetro relacionado a que valores o Estado considera suficientemente significantes para ensejar ações de execução fiscal. Neste sentido, à proporção que deve haver entre a conduta e a intervenção do Estado é uma condição imprescindível fazendo-se necessária uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal.

Freqüentemente, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, podem-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida.

Conforme Bitencourt (2007, p. 42), foi decidido pela Suprema Corte que:

Os fins precípuos do princípio da insignificância não correspondem a salvo resguardar ou tornar legítimas condutas que por venturas sejam desvirtuosas das condutas de proteção, mas não permitir que condutas ínfimas, isoladas, passem a ser tratadas pelas sanções do direito penal. Todavia, condutas que contrariem à lei penal, ainda que de caráter insignificante, quando sucessivas, em face da sua reprovabilidade, deixam de ter um caráter de bagatela, devendo-as serem submetidas ao direito penal.

Neste contexto, decidir se o bem atacado é insignificante, ou não, deve seguir um critério subjetivo. Os tribunais brasileiros consideram a existência de requisitos objetivos quanto à aplicação do princípio da insignificância.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, os requisitos são: a mínima ofensividade da conduta; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica.

Alguns julgados consideram também requisitos de ordem subjetiva, quais sejam os antecedentes criminais do agente, sua conduta social, sua personalidade, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do delito, além do comportamento da vítima, seguindo os critérios de aplicação da pena expostos no artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

Segue orientação do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de furto de pulsos telefônicos, no qual foi concedida a ordem de habeas corpus com base em requisitos subjetivos, aplicando-se, assim, o princípio da insignificância:

Há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar, subjetivamente, se houve relevante lesão.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal já havia proferido, em 2005, decisão no sentido contrário, desconsiderando a necessidade de requisitos subjetivos em face da incidência de insignificância, porquanto que para haja a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada.

A caracterização da infração penal como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é. E sendo, torna-se atípico, impondo-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa.

Prado (2008, p. 14) segue nesta linha de pensamento, ao defender a objetividade dos requisitos com o intuito de manter a segurança jurídica, expondo que:

De qualquer modo, a restrição típica decorrente da aplicação do princípio da insignificância não deve operar com total falta de critérios, ou derivar de interpretação meramente subjetiva do julgador, mas ao contrário há de ser resultado de uma análise acurada do caso em exame, com o emprego de um ou mais vetores [...] tidos como necessários à determinação do conteúdo da insignificância. Isso do modo mais coerente e equitativo possível, com intuito de afastar eventual lesão ao princípio da segurança jurídica.

O princípio da insignificância não está expresso nas leis penais, mas sim implícito, sendo uma construção dogmática da doutrina, que vem a fundamentar no sistema, aonde vem a ser uma extensão do princípio da legalidade do qual não podemos afastá-lo. Este foi um dos primeiros e o mais abrangente dentro das leis repressoras, sendo que ao longo dos tempos veio a se solidificar como uma das mais eficazes garantias de liberdade dentro do Estado Democrático de Direito.

Partindo deste pressuposto, foram surgindo figuras flexibilizadoras e substanciais que, conforme Lopes (2006, p. 50)

Vieram a direcionar os rumos das condutas criminais, como a eclosão de prerrogativas garantidoras partindo do princípio da anterioridade, da irretroatividade da lei maléfica, com mais demora e amadurecimento doutrinal e legal o princípio da retroatividade da lei mais branda, como também o da taxatividade, que vem a limitar como condutas criminais as que estão positivadas ou taxadas em leis esparsas.

No seio do princípio da insignificância, a constituição e as normas penais vem a anular as condutas nocivas à sociedade, o que traz um conceito forte e suntuoso ao Direito Penal e certa discrepância as ações insignificantes. Mas determinadas ações, por mínima que pareçam ser, estão presentes em meio aos acontecimentos do dia-a-dia, do qual o legislador se fez por pressionado, e partindo de um imperativismo, do clamor social e da regra primordial do princípio da legalidade, de que toda conduta para ser considerada ilegal, para que o Estado venha a reprimi-la, tem que esta proibida por lei.

4 A INSIGNIFICÂNCIA COMO PRINCÍPIO DO DIREITO PENAL: LIMITES E POSSIBILIDADES

O Direito penal contém inúmeros princípios intrínsecos a matéria, como também gerais, levando em conta os de âmbito constitucional, como o princípio do Devido Processo Legal e da Legalidade, constantes no artigo 5º, LVI da Constituição federal. O que se busca é que se tenha cometido e que venham a ser cometidos o menor número de crimes possíveis, e os que tenham maior gravidade, que sejam infinitamente menos comuns, tendo o legislador de se adaptar e ser um grande observador dos movimentos sociais, como bem observar Beccaria (2009, p. 142):

O legislador deve ser um hábil arquiteto, para que saiba usar igualmente todas as suas forças que podem colaborar para consolidar o edifício com o conseqüente enfraquecimento dos que possam arruiná-lo. Tendo-se como necessária à reunião dos homens em sociedade, de acordo com as convenções estabelecidas pelos interesses opostos de cada particular, encontrar-se-á uma progressão de delitos dos quais o maior será o que tende à destruição da própria sociedade.

Neste diapasão é que o legislador tem que superar as divergências, no momento de legislar, não se deixando influenciar de maneira aleatória, ou como mero cumpridor do direito, tendo que codificar certa conduta para não afastá-lo, sendo senso de justiça, e sim procurando atuar nos delitos que tragam extrema progressão desproporcional a sociedade e venham a tocar no sentimento de descontentamento comum, do qual tenda a prejudicar a própria sociedade.

De tal forma, as condutas que provocam lesão considerada pequena, que sejam considerados, os cometidos contra particulares, sejam refletidos e tenham como cunho interpretativo a hermenêutica sociológica, para que possa ser analisado o fato a partir da lesão material, que é uma visão penal, e se tem, para o particular, bem jurídico relevante comprometido, desde que não se chegue a certo instinto de impunidade.

Apesar de se ter uma proibição exagerada, por meio do legislador ordinário, que vem codificando toda espécie de conduta, com a visão de aprimoramento dos a serem realizados a partir do dogma penal, assim não se concretiza por correto, o que traz conseqüentemente uma infinidade de condutas mínimas, das quais o estado-policia não mais as consegue reprimir, e vem alavancar e dar maior legitimidade ao princípio da insignificância, pois este parte de uma

análise do fato material, que o indivíduo prejudicado vem a sofrer pelo ato do agente ativo da conduta típica, por mínima que ela seja.

O legislador e os doutrinadores, como também as pessoas, pois estas tendem a aprimorar sua visão sobre as condutas e atos sociais de maneira cada vez mais diversa, o que é ilegal e injusto hoje, pode não ser a daqui a alguns anos, ou num futuro mais próximo do que o esperado.

O direito penal moderno não vislumbra o aceite de conduta tida como ilegal, partindo única e exclusivamente da razão, pois esta seria pequena de racionalidade e de ofensividade no seio social. E é o que vem acontecendo com o ordenamento repressor brasileiro.

Com o existir de um leque tão vasto de reprimendas a condutas mínimas, o aparato estatal não consegue e não se vê com razão para voltar-se todo o seu contingente humano, técnico e material para tentar reprimir certos atos, que em muitas vezes não se tem bem jurídico significativo algum sendo atingido.

Com este, o Direito penal esta se tornando um rol taxativo detalhista de casos, do qual deixa a cargo do estado a prerrogativa de impor penas aos autores, só que com um grande problema, um indivíduo não esta em pé de igualdade com o Estado, e sim este é o meio do qual se convive, o adota como forma primária de vida, se identificando como membro atuante deste.

O Estado, através do Direito Penal, vem permitir um descompassado elenco de condutas que são consideradas típicas, mas que não trazem uma íntima relação com a pena, a qualquer meio e via de regra, sem ter como verificar a razoabilidade da conduta, com fim de exprimir o seu conteúdo material, para que se possa legitimar a imputação da conduta com a consequente imposição da pena.

O legislador não tem a capacidade de prever tudo que daquele fato tido como típico podem emanar, por isso de certa forma, é um risco que o legislador corre com o fim de garantir a liberdade dos que convivem em meio a dinâmica social oferecida pelo Estado, o que com o passar dos tempos pode trazer incongruências frente a interpretação destes tipos.

Partindo da incongruências tidas no direito penal se vislumbram mudanças nas visões dos aplicadores do direito, indo de encontro a tal irracionalidade do legislador em prol de atos equivocados e interventores com o Direito penal, do qual vem dando cada vez mais força e legitimidade ao princípio da insignificância, que não deixa de ser uma concretização do caráter adotado modernamente pelo direito penal, o da sua subsidiariedade.

Na concepção de Lopes (2006, p. 34)

O princípio da insignificância vem a ser um firme aprimorador do conteúdo axiológico do Direito penal, logo o legislador adota medidas repressivas sem análise assídua do comportamento e preenchimento das figuras típicas, trazendo certo manto de calma no sistema jurídico penal, o que faz com que a insignificância tenha certa especialidade em acalantar as figuras penais trazendo verdadeira efetividade às condutas de pequeno prejuízo, mas não deixando de conter certo grau de repressividade, que é um dos fins do Direito penal, não só reprimir os infratores, mas fazer com que da tipificação dos delitos, tragam certo grau de revelia a determinados atos ilegais frente à sociedade, vindo posteriormente a ser imposta ao agente ativo a pena criminal.

A certo estágio em que as normas por serem tão ínfimas, do ponto de vista de sua eficácia, que os seres humanos sociais, não se caracterizam mais pelo dano que certa conduta positivada não traz mais nenhum dano lesivo ao meio onde é considerada fato típico, diante da qual passa a ser considerada, não como um crime de pequeno ou menor potencial ofensivo, com a utilização do princípio da insignificância, mas sim cai em desuso, sendo considerada como normal em certo dado histórico diferente, o que acontece atualmente com o delito do adultério, que praticamente não se vislumbra nas jurisprudências, o que vem a ser conhecida como a teoria da ação socialmente adequada.

Por esta ótica, fica nítida a efetividade do princípio da insignificância frente a outros princípios do direito penal, onde não se vislumbra a utilização dos demais sem antes se observar às regras, que de abstratas passaram a ser concretas, desde a dosagem de uma pena até os mais altos ou importantes princípios constitucionais.

4.1 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA SISTEMÁTICA PENAL E SUA APLICABILIDADE

A insignificância passa a ser uma realidade no ordenamento jurídico, o que antigamente não se tinha como entreve-lo meio a doutrina, quem dirá se fazer presente nos julgados, nas jurisprudências, e principalmente de maneira ampla discutida na doutrina com tanta veemência.

Mas os chamados crimes de menor potencial ofensivo, que atualmente são abrangidos pela lei dos Juizados Especiais Criminais, de número 9099 de 1995, são diferenciados dos correntes, pois se tem a possibilidade de transação, conciliação ou ressarcimento dos

prejuízos, ou uma espécie de dano moral, pelo bem jurídico tutelado que foi atingido pelo infrator. Logo, estes serão discutidos em tópico posterior.

Os delitos que são alcançados pelo princípio da insignificância estão sendo denominados de bagatela, nos dizeres de Fernando Capez (2008, p. 37): “a lei não deve preocupar-se com infrações de pouca monta, insuscetíveis de causar algum dano à coletividade,” e sim na citada lei acima.

A insignificância não vem a ser confundida com acomodação da sociedade, tolerando condutas que venham a restringir a sua liberdade, mas sim fazendo com que estas sejam condescendentes com a insurgência de exígua lesividade, mas continuando a considerá-las socialmente inaceitáveis e intoleradas.

Não se faz jus iniciar uma série de entrelaçamentos do princípio da insignificância com o direito penal, sem antes ter por observado a caracterização dos tipos penais, para se compreender como e a partir de que se valora determinada conduta e conseqüentemente dela como de auto ou baixo grau de ofensividade.

O Direito penal não descreve seu tipo como mera abstração de conduta, ou como nas palavras de Maurício Lopes (2006, p. 95), “modelo descritivo de conduta que se proíbe pela imposição de uma pena, como consequência a ação conforme ao modelo e desconforme à norma.”, o que vem de encontro à nova visão penal, até por que o código penal da década de 40, então, como via de consequência, tem uma visão retrograda e da sua época, não com uma atuação totalmente compactada com a realidade, o que vem a trazer com todas estas disparidades, inúmeras leis esparsas, sendo uma tentativa do legislador de dar respaldo social para as ações que as vem restringindo.

Não se encontra um rol elencando ações que compreendam a bens jurídicos invariáveis ao bom grado do legislador, mas sim ações complexas que esta visa a acondicionar, podendo ser ou não transformadas em bens jurídicos tutelados pelo Estado. Assim se tem, como critério do tipo, as ações cometidas e o seu conseqüente resultado como critérios básicos para a elevação de certa conduta a bem jurídico tutelado ou não, com o fim de garantir o direito de liberdade ao cidadão e posteriormente a sua integralidade prática no mundo real com tipo descritivo da lei.

O tipo penal traz uma disparidade, abarca as ações que estão descritas no tipo, consideradas ofensoras, mas não observa a vontade ou finalidade do agente, se esta agindo com culpa ou dolo, o que segundo Capez (2008, p. 137) a “teoria finalista vem exigir um comportamento doloso ou culposos, e a teoria social, se existe a vontade de se realizar uma ação com dano socialmente relevante.”

Na doutrina, ao se iniciar os relatos contendo o princípio da insignificância, se busca critérios que venham a diferenciar os fatos que verdadeiramente tragam lesão ou os que não as concretizem. Segundo colocação de Maurício Lopes (2006, p. 120), as doutrinas Italianas e Alemãs foram pioneiras, logo os Italianos partem da convicção de que é possível encontrar no Direito positivo os critérios basiladores e justos para afirmar a justificativa da irrelevância os fatos. Já a doutrina Alemã faz alusão a relatos e critérios relevantes, mas que ainda não são prolatados pelo legislador, e vem a adotar o princípio da insignificância, encontrando seu entrelaçamento nesta, pois com formulação maior em relação à realidade, dando maior relevância ao ato do crime e seus reflexos e onde esta caracterizada a sua ofensividade.

O aplicador da norma já não parte da análise pura e simples da conduta sem antes, porém, analisar as figuras do delito, para que se possa com o máximo de segurança aplicar a pena. Tem-se um estágio de plena instrução probatória, a depender do fato e da lesão que este venha a provocar, desde uma lesão corporal até a perda de um bem material, os julgadores iram se ater a ofensividade do caso em apreço, para que não tragam distorções jurídicas incorretas a questão, o qual atualmente, utilizam-se em sua totalidade do princípio da insignificância.

Tomando como exemplo a justiça Alemã, Manãs (2008, p. 69) afirma que

Neste ordenamento já se parte de uma visão administrativa, para a compensação de quem foi lesado por conduta desonrosa e criminal, onde todo o direito penal de diminuta importância foi transferido para este, logo o caráter preventivo foi demonstrado com muita eficiência, pois restou suficiente partindo da aplicação de multas e sanções administrativas em desfavor do ofensor, do qual serve de exemplo para a toda a sociedade [...].

A grande vantagem da se adotar medidas administrativas como meio de prevenção dos delitos e de conscientização dos atores sociais, é que se precisando utilizar-se destes para coerção de condutas, este se faz por mais rápido, logo não existe inúmeras formalidades como no processo judicial, o que também vem a ser um novo meio de sanção, desafogando a justiça criminal para poder abolir e repreender o delitos mais graves.

Outra característica primordial do referido princípio é como este pode ser embutido na sistemática penal a partir da descriminalização, o que se faz por fundamental para a insignificância, como já foi exposto, vindo a consistir na redução ou subtração total das características penais do tipo, do fato jurídico relevante, na redução ou subtração total da pena, para que não traga a tona fato irrelevante para a segurança jurídica institucional, e venha a provocar distorção maior na subsistência do tido como delinqüente.

De acordo com Lopes (2009, p. 115)

A descriminalização e técnica legislativa, mas por que não utilizá-la para não se ter um acalanto no sistema penal, onde se tem inúmeras condutas tidas como ilegais, mas que se levadas de cunho e para o âmbito de uma análise sistemática, a tendência a penalização por ato, que já foi ofensivo, não o é mais.

Diante da descriminalização busca-se opções dentro desta e a partir do princípio da insignificância para afastar o Direito penal, logo com os seus caracteres de sanção, como as penas de reclusão, as quais priva a liberdade, não demonstram efetividade no conteúdo da prevenção, logo não demonstra apreensão àqueles que possam a vir delinquir, tendo-se assim uma ideia de afastamento de tudo que for possível na seara judicial do sistema penal repressor (MANÃS, 2008).

O Direito Penal apresenta inovações, como na lei dos Juizados Especiais Criminais, onde observa outras opções, como o acordo, que se dá entre as partes; sursis processual, espécie de suspensão da pena em benefício do réu por determinado período; e a transação, espécie de acordo firmado entre prejudicado e agente da conduta ilegal. O que não deixa de ser um tipo de amadurecimento do legislador, que seguiu a nova linha do direito penal, que é a sua flexibilização.

Mas no sistema penal, a insignificância atua com maior amplitude, pois se pretende não o abrandamento da pena, a depender do caso, mas sim o não reconhecimento de crime, mas preservando certa conduta como não aceitável no âmbito social. O que, como via de consequência não se teria a abrangência de um instituto do sistema penal que segue a pessoa do infrator onde o indivíduo esteja, que é a reincidência.

Partindo do pressuposto que certa criança, órfão de pai e mãe, que desde os primórdios da sua adolescência ficam a mercê dos outros, mas precisamente, já que vivem em meio a um sistema interventor, estarão a cargo do Estado. Se em algum momento, este menor vir a delinquir, o sistema penal, sem analisar significativamente a abrangência da conduta do menor, já que por sê-lo, deveria ser tratado como se criança fosse, mas não, já se dá um caráter de inimigo da sociedade, sem serem observados alguns detalhes, como o seu histórico de vida.

A sistemática penal apresenta o Estatuto da Criança e do Adolescente, mais conhecido como ECA, onde está positivado várias condutas e determinadas maneiras de se fazer tratar um menor infrator, o que vem mais uma vez demonstrar o caráter sistematizado de tudo e de todos do direito penal.

Como, desde menor, que já se denomina como infrator, não uma reincidência propriamente dita vem a lhe seguir, mas é um título que o sistema penal dar aos que vão de encontro a ele, onde estarão nos anais da justiça, onde é conhecida como a teoria do etiquetamento. Sendo jogado novamente na rua, para que mais tarde continuar delinquindo, voltando a ser atingido pelo sistema penalista, por ter cometido alguma conduta minimamente superável, mas que o governo, por ser ente onde se escolhe viver, não confrontá-lo, tem de lhe dar alguma destinação, se não pode ser enquadrado como vadio, que é contravenção penal, ou ser jogado nos porões dos presídios, para acabar a sua existência. Etiquetamento que traz, como na colocação adiante de Paulo Queiroz (2008, p. 44):

Não interessam, enfim, à perspectiva intervencionista, as causas de desviação primária, mas só os processos de criminalização secundária, vale dizer, os processos de funcionamento de reação e controles sociais, que são em última análise, as respostas do surgimento do desvio como tal.

Neste diapasão, o crime vem a se caracterizar como uma espécie de aversão social ao que vem reprimir a sua liberdade, ou a por em risco as manifestações da realidade dos que nesta se dinamizam, e não se tem com outra alternativa se não classificar e tentar abranger o crime com uma reação social.

Outra prerrogativa que o princípio da insignificância vem a abarcar e ter como novo instituto para o direito repressor, e o da despenalização, mas não observada como o é, mas sim como meio de ser extinta a conduta delitativa do pequeno infrator, como acontece como a perdão judicial, que é uma espécie de despenalizador, que isenta a pena do delito, mas a conduta permanecesse positivada, mas tendo o crime considerado insignificante.

O que habita ao princípio em comento é o sentido político que possibilita ao interprete da lei descriminalizar, logo retirando o objeto específico do crime minimamente lesivo, a sua tipicidade, vindo a preservar os que são de tal maneira penalizados por deslizes que tendem a cometer ante sua vida, com grandes possibilidades de serem tidos, como o já citado, filhos do governo, ou o que marca como uma cicatriz o ser social, elevado ao ápice da sociedade pelo contrato social, o instituto da reincidência criminal, e com proporções maiores, se for reincidente, que é uma marca etiquetada que o estado põe em uma pessoa por, em algum momento da sua existência, ter cometido um delito sem precedentes nem análises do fato, que irá segui-lo onde este esteja.

Vislumbra-se, neste contexto, a grande aplicabilidade do princípio da insignificância, que pode funcionar como ponderador na instante da aplicação da norma, onde pode evitar que

seqüelas decorrentes de atitudes pequenas acometidas pelos indivíduos sociais não os faça de escravos e os crave com marca tão feroz e inconsistente como é a marca do crime criminalidade.

A aplicação do princípio da insignificância não se restringe a uma gama específica de delitos, ou seja, “tem aplicação a qualquer espécie de delito que com ele seja compatível, ainda que excepcionalmente”. Logo, suas possibilidades de aplicação são inúmeras, e a seguir faremos análise de algumas delas.

4.1.1 Aplicabilidade em crimes contra a Administração Pública

Nos crimes contra a administração pública, por óbvio que a conduta delituosa possui uma gravidade e grau de reprovação bem superior à subtração de bens particulares. No entanto, deve-se atentar que, nem por isso, impede a aplicação do princípio da insignificância. Concluir-se deste modo levaria a situações absurdas como, por exemplo, a de punir-se penalmente o servidor que leva para sua casa lápis ou canetas da repartição pública ou, noutra hipótese, o motorista que utiliza combustível do Município ao empregar veículo oficial para pegar seu filho na escola. Por outro lado, não podemos nos esquecer dos princípios da intervenção mínima e subsidiariedade, igualmente aplicáveis aos crimes contra a administração pública. Além do mais, devemos considerar que há, ainda, a prática de atos de improbidade administrativa, cujas sanções, apesar da natureza civil, possuem repercussão e consequências extremamente graves ao gestor ou funcionário ímprobo.

Acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes contra a Administração Pública, a jurisprudência é divergente e se divide em duas posições. O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pela sua Segunda Turma, diz que o princípio pode incidir sobre esse delito:

Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.

Para o STF, se a lesão ao erário público for irrelevante não há motivos para sua não incidência. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, defende uma teoria mais conservadora, dizendo que não é possível a incidência da insignificância nessa espécie de delito.

Sua posição se baseia no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, porquanto “a norma visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial, mas, principalmente, a moral administrativa”.

4.1.2 Aplicabilidade em crimes contra a ordem tributária e em crime de descaminho

Por mais que o crime de descaminho não esteja elencado no rol dos crimes contra a ordem tributária, uma decisão do Supremo Tribunal Federal deu margem a uma nova interpretação do tema, ressaltando a natureza tributária do crime de descaminho.

O princípio da insignificância incide nos crimes contra a ordem tributária, assim como no crime de descaminho. Em julgamento sobre suposta prática de crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o cabimento do princípio.

No caso em questão, o acusado teria logrado impostos devidos pela importação de mercadorias, os quais totalizariam montante de 5.118,60 reais. Segue ementa:

HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. MONTANTE DOS IMPOSTOS NÃO PAGOS. DISPENSA LEGAL DE COBRANÇA EM AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL. LEI Nº10.522/02, ART. 20. IRRELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA DA CONDUTA. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA 1. De acordo com o artigo [20] da Lei nº 10522-02, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade. 2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva. 3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. 4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal. 5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal.

Explicando o bem jurídico tutelado pelos dispositivos legais citados, Andreucci (2005, p. 317) esclarece de forma indelével que "o objetivo jurídico vem representado pelos interesses estatais vinculados à arrecadação de tributos devidos à Fazenda Pública. Protege-se o erário público, a fé pública e a Administração Pública". Portanto, se o débito for de até 10 mil reais, incide o princípio da insignificância, e os autos serão arquivados.

A Doutrina e a Jurisprudência reconhecem a aplicabilidade do princípio da insignificância jurídico no Direito Penal e quem algumas condutas que, embora tipificadas como crimes, devem ser excluídas da incidência da norma penal, por não ferirem – ou não o atingirem em grande monta – o bem jurídico tutelado pelo direito penal.

4.1.3 Aplicabilidade em crimes de moeda falsa

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, “o delito de moeda falsa não se compatibiliza com a aplicação do princípio da insignificância (...) uma vez que o bem jurídico tutelado pelo artigo 289 do Código Penal é a fé pública”. Esse é o entendimento, também, do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. ART. [289], CÓDIGO PENAL. PACIENTES QUE INTRODUZIRAM EM CIRCULAÇÃO DUAS NOTAS FALSAS DE CINQUENTA REAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE EM FUNÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA, QUE, NO CASO, É A FÉ PÚBLICA, DE CARÁTER SUPRAINDIVIDUAL. REPRIMENDA QUE NÃO DESBORDOU OS LINDES DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM ENEGADA. I - Mostra-se incabível, na espécie, a aplicação do princípio da insignificância, pois a fé pública a que o Título X da Parte Especial do CP se refere foi vulnerada. Precedentes. II - Em relação à credibilidade da moeda e do sistema financeiro, o tipo exige apenas que estes bens sejam colocados em risco para a imposição da reprimenda. III - Os limites da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da pena foram observados pelo TRF da 1ª Região, que, além de fixar a reprimenda em seu patamar mínimo, substituiu a privação da liberdade pela restrição de direitos. IV - Habeas corpus denegado.

Portanto, por se tratar a fé pública um bem jurídico de valor indeterminável na medida em que envolve a proteção ao sistema financeiro, não se pode falar na aplicação do princípio da insignificância.

4.1.4 Aplicabilidade em crimes de ordem patrimonial

Nos casos de delitos de ordem patrimonial, a jurisprudência adota a ideia de que a capacidade econômica da vítima e o valor ínfimo do objeto não são, necessariamente, critérios de incidência do princípio.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, não admitiu incidir o princípio da insignificância na tentativa de furto de um cartucho de tinta para impressora pertencente à penitenciária onde o paciente cumpria pena, visto que, por mais que o bem valesse apenas 27,50 reais, a sua conduta era totalmente reprovável, por ter sido perpetrada no local onde o agente cumpria pena por delito anterior, demonstrando desrespeito à atuação estatal.

Contudo, o STF indica que, em casos que preencham os requisitos precípuos da aplicabilidade princípio, seja incidida a insignificância, em face de não ocorrer ofensa ao bem jurídico tutelado no âmbito da norma penal ou por ser mínima a lesão.

No tocante ao crime de roubo, a jurisprudência, em sua grande maioria, aponta para a impossibilidade de incidência do princípio. O Superior Tribunal de Justiça assenta seu entendimento no sentido de que, se tratando de um delito complexo, que vai além do patrimônio da vítima e atinge também a sua integridade física ou psicológica, é inviável aplicar o princípio da insignificância aos crimes de roubo.

Porém, ao analisar a possibilidade de incidência o princípio nos crimes de roubo, Marchi Júnior (2006, p. 55) aduz que “como o princípio da bagatela afasta a tipicidade do crime de furto, deve também afastar a tipicidade do crime de roubo, ainda que praticado com violência ou grave ameaça a pessoa”.

Portanto, se o roubo, delito complexo, cuja objetividade jurídica é a proteção do patrimônio e da liberdade individual ou da integridade física do ofendido, não pode subsistir sem que ocorra lesão significativa a ambos os bens jurídicos protegidos. Não obstante, apenas a averiguação do caso concreto determinará se a insignificância é cabível ou não.

4.1.5 Aplicabilidade em crimes relacionados a entorpecentes

No tocante aos crimes previstos na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), o Supremo Tribunal Federal afirma que “é pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado”.

O Superior Tribunal de Justiça, citando precedentes do STF, indica que “não se afigura possível a aplicação do princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, tendo em vista tratar-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente”.

4.1.6 Aplicabilidade em crimes de lesão corporal

O crime de lesão corporal tem como objetivo salvaguardar a integridade física da pessoa. Contudo, uma escoriação leve, por exemplo, é irrelevante para o Direito Penal, ainda que, no entendimento médico-legal, constitua lesão corporal.

De fato, a lesão corporal pressupõe violência exercida pelo agente sobre outrem, mas isso não impede que o princípio da insignificância seja aplicado nos casos de alteração física inexpressiva, como por exemplo, um beliscão ou uma palmada.

Desta forma, em lesões corporais leves é passível a incidência do referido princípio, desde que atendidos os seus requisitos objetivos. Neste sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao julgar lesão resultante de acidente de trânsito: “Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito e de absoluta insignificância [...], há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando as varas criminais, geralmente tão oneradas”.

Em hipóteses de lesão corporal grave ou gravíssima, entretanto, não caberia o princípio da insignificância, por se tratar de lesão expressiva e pela reprovabilidade do comportamento.

4.1.7 Aplicabilidade em crimes contra o meio ambiente

Há divergências quanto à aplicação do princípio da insignificância em crimes ambientais, surgindo duas linhas de pensamento. A primeira diz que, devido ao fato de o meio ambiente se tratar de um direito difuso e, portanto, pertencente a toda a sociedade, qualquer lesão é significativa, considerando que afeta o equilíbrio do meio ambiente. Mesmo que a ofensa pareça mínima, devem recair sobre o agente as consequências previstas pelo direito penal, não sendo cabível a incidência do princípio da insignificância.

A segunda defende a aplicação do referido princípio mesmo quando o bem jurídico protegido é o meio ambiente, desde que a conduta não lese ou cause perigo de lesão grave ao bem. Desta forma, se tratando de intervenção humana irrelevante no meio ambiente, não há

aplicação de Direito Penal, sendo incidente a insignificância. A doutrina se mostra cautelosa e recomenda, aos juristas, atenção ao caso concreto no momento da aplicação do princípio.

4.2 OUTROS ASPECTOS IMPORTANTES NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO

Segundo Masson (2010, p. 22), “as condições pessoais da vítima podem influir no cabimento do princípio da insignificância”. Nesse sentido está o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ESPECIAL. SUBTRAÇÃO DO DINHEIRO DE VÍTIMA IDOSA, COMETIDO COM USO DE CONTATO FÍSICO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA RELEVANTE. REPERCUSSÃO SOCIAL. 1. O pequeno valor da res furtiva não se traduz, automaticamente, na aplicação do princípio da insignificância. Além do valor monetário, deve-se conjugar as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar se houve relevante lesão jurídica. Precedentes do STF. 2. Tendo o fato criminoso ocorrido contra vítima analfabeta e de 68 anos de idade, que teve seu dinheiro sacado do bolso de sua calça, em via pública, em plena luz do dia, é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. Precedentes. 3. O princípio da bagatela, ou do desinteresse penal, consectário do corolário da intervenção mínima, deve se aplicado com parcimônia, restringindo-se apenas às condutas sem tipicidade penal, desinteressantes ao ordenamento positivo, o que não é o caso dos autos. 4. Recurso provido. (grifo do autor) Outro ponto importante é a aplicação ou não do princípio em caso de réu reincidente ou agente com maus antecedentes. Por se tratar de exclusão de tipicidade, o Superior Tribunal de Justiça já demonstrou ser cabível o princípio, de forma que não devemos confundir a teoria do delito com a teoria da pena. PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO DE UM BONÉ. VALOR DE R\$ 50,00. OBJETO RESTITUÍDO À VÍTIMA. INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA. POSSIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA DA REINCIDÊNCIA E DOS MAUS ANTECEDENTES. PRINCÍPIO DA NECESSARIEDADE DA PENA. ORDEM CONCEDIDA PARA RECONHECER A ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1. Se o bem tutelado nem mesmo chegou a ser ofendido, nem há relevância na conduta praticada, o princípio da insignificância deve ser aplicado, afastando-se a tipicidade. 2. A aplicação dos princípios da necessariedade e da suficiência afasta a fixação de pena que se mostra excessiva para reprimir conduta irrelevante. 3. Maus antecedentes e reincidência não impedem a aplicação do princípio da bagatela. 4. Ordem concedida para absolver o paciente pelo reconhecimento da atipicidade de sua conduta. Expedido alvará de soltura, salvo prisão por outro motivo. (grifo do autor)

Logo, condições pessoais desfavoráveis, reincidência e maus antecedentes não impedem a aplicação do princípio da insignificância. Mediante o que foi apresentado, pode-se asseverar que, apesar do nome “princípio da insignificância”, o referido princípio nada tem de insignificante. Pelo contrário, é de tamanha importância para a manutenção da justiça garantida pelo Direito Penal.

Outrossim, ainda diante das divergências a respeito da sua origem, é de entendimento majoritário que o princípio foi abordado na seara penal, pela primeira vez, em 1964, por Claus Roxin, com base no antigo brocardo romano de *minimis non curat praetor*.

Por mais que exista uma corrente doutrinária mais radical que negue o princípio da insignificância e pregue que todo e qualquer bem jurídico merece a tutela do Direito Penal, desde que haja tipo legal prevendo essa tutela, a maior parte da doutrina acredita que sua existência e aplicação se faz necessária.

O legislador, ao tipificar uma conduta e criar um delito, quer proteger todas as lesões a esse bem protegido, incluindo aquelas de ofensa e repercussão mínimas? A resposta é não. O princípio da insignificância, aliado aos princípios da intervenção mínima, da ofensividade, da fragmentariedade e da proporcionalidade, além da teoria da adequação social, vem afastar do âmbito de incidência do Direito Penal as condutas que não causem lesão grave e significativa aos bens jurídicos penais tutelados.

Nesse sentido, é fácil perceber que o princípio da insignificância é uma realidade que cada vez mais ganha espaço nos tribunais brasileiros. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça apresentam jurisprudência nesse sentido, e pouco a pouco vai aprimorando os contornos objetivos quanto à consolidação de seus requisitos.

De fato, um dos maiores problemas na aplicação do princípio atualmente é o estabelecimento de requisitos a serem considerados. É praticamente consenso doutrinário a exclusão de requisitos subjetivos na aplicação do princípio, e nesse sentido se encontra parte da jurisprudência, ao deixar de avaliar se o réu é reincidente e os se tem maus antecedentes. Contudo, ainda há divergências: ora é feita valoração dos elementos de caráter subjetivo, ora a concretização do princípio é dada com base apenas nos elementos objetivos, se atendo somente às circunstâncias do fato praticado.

A insignificância é aplicável a qualquer espécie de delito que com ele seja compatível, conquanto sejam cumpridos os requisitos de sua aplicação, devendo-se sempre fazer a análise do caso concreto. É certo que os autores de pequenos delitos não devem ser colocados em penitenciárias junto com autores de crimes graves, mas também não deve ser tratado como se nada tivesse feito. Por mais que sua conduta seja inofensiva e simplória, por mais que a

lesão se mostre totalmente insignificante, é necessário analisar o lado da vítima. Nada favorece tanto a criminalidade quanto a tipificação de qualquer conduta, mas da mesma forma não se pode ignorar que a exclusão da tipicidade de delitos bagatelares também pode servir de incentivo ao crime. Diante disso, deverão obrigatoriamente atuar outros ramos do direito, seja aplicando formas alternativas de sanção, seja conduzindo um meio de ressarcimento da vítima.

A nossa sociedade é complexa, e assim também o é o homem com suas ações e pensamentos. É justo e proporcional entender o princípio da insignificância como uma segunda chance àqueles que seriam criminalizados por causa de uma conduta penalmente irrelevante e moralmente inexpressiva.

Ao optar pelo Estado Democrático de Direito, o legislador fez importantes valores como dignidade da pessoa humana, igualdade e justiça. Aplicando o princípio da insignificância, como vem sendo aplicado pelos tribunais brasileiros e pela Corte Suprema, esses princípios constitucionais são assegurados, ainda mais em uma sociedade onde o sistema prisional é falho na recuperação do detento e não há políticas estatais de ressocialização.

Importante ressaltar que o jurista deverá se enquadrar nos limites da razoabilidade, da discricionariedade, do bom senso e do equilíbrio ao aplicar o princípio da insignificância, mantendo à proporção que deve haver entre a conduta e a imputação do agente, para que se cumpra o verdadeiro papel do Estado na garantia da Justiça, de forma a atender as necessidades da sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, dos argumentos utilizados nos capítulos anteriores para explorar a aplicabilidade do princípio da insignificância na sistemática penal, se teve por eficaz pois se aferiu determinadas conclusões direcionadas ao princípio em comento no seio criminal, com o fim de atribuir a insignificância posição indiscutível como princípio posto no Direito Penal insurgente do princípio constitucional da proporcionalidade, vindo assim a dar elevada ênfase ao caráter subsidiário do Direito repressor.

Os princípios são mandamentos direcionadores de qualquer espécie de sistema normativo, o que tem preponderante aplicabilidade nas ciências jurídicas, como é o caso do Direito penal. O que, diante deste, veio demonstrar o caráter extremamente interventor do Estado, que visa elaborar um número maior possível de condutas rotuladas como proibidas, no âmbito social, sem partir de um aprimoramento das normas que já existem, e ao momento de legislar, sem um apêndice mais acentuado da conduta que vem a positiva.

O princípio da insignificância surge como indispensável contribuição a esse processo, pois não assume uma posição de mero qualificador dos valores da estrutura típica da legislação penal, eis que não se exige apenas o preenchimento do tipo penal com mera acomodação formal de seus termos, mas também que se faça um juízo transcendental a esta estrutura primária do preceito penal.

Observou-se, então, que o postulado da insignificância é aquele que permite desconsiderar-se a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem “ações de bagatela”, afastadas do campo da reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos termos da norma penal, emergindo, pois, a completa falta de juízo de reprovação penal.

Outro princípio de grande destaque para a sistemática penal é o princípio constitucional da proporcionalidade, do qual o princípio da insignificância emana, sendo considerado um subprincípio deste.

À proporção que traz uma visão mais razoável, na aplicabilidade das normas jurídicas, do qual vem a evitar grandes desproporções entre o fato e a norma. O princípio da insignificância que, no Direito Penal, está totalmente inserido vindo a contribuir com maior índice de justiça e proporção nos julgados e proporcionando mais um meio de utilidade para aplicação das normas penais, como também se valendo de critério crítico construtivo para os operadores do Direito Penal.

Este que apresenta uma nova visão no elo que liga as condutas criminais, com uma quebra na tipicidade do fato, apesar desta continuar positivado, mas que esta sendo visto com muita robustez e plausividade para o bom uso e continuação da mudança de visão das políticas criminais.

Da relação do princípio da insignificância com os delitos de bagatela vislumbrou-se por não serem mesmos institutos, apesar de semelhanças quanto ao âmbito de gravidade dos delitos por estes abrangidos, logo os crimes de bagatela são aqueles de pequeno dano, mas que já estão tipificados no Direito Penal, dos quais na legislação específica que os abrange se detêm meios específicos de composição do delito.

Da concretização do princípio da insignificância pode-se observar a sua total interação com o sistema e sua evocação total pelos órgãos julgadores, como também pelos fiscais da lei, que estão norteando cada vez mais direcionamentos jurídicos para a insignificância. A inobservância ou lesão a princípio é sem dúvida a mais grave das inconstitucionalidades porque sem o princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos.

Partindo da premissa de que há uma deterioração da dogmática do Direito Penal, os princípios apresentam-se como pilares orientadores, desempenhando funções no âmbito da ordem jurídica, como as de fundamentação e interpretação.

Dentre os princípios fundamentais do Direito Penal, destacou-se o Princípio da Insignificância. Para configurar esse princípio tornou-se indispensável o estudo do que vem a ser bem jurídico, pois o ordenamento penal vigente somente se preocupa em tutelar bens ou interesses valorados como de extrema importância tanto para os indivíduos quanto para a sociedade. A esse bem, denomina-se bem jurídico penal.

Conclui-se que, é em decorrência da seleção dos bens jurídicos que o Direito Penal tem natureza subsidiária, ou seja, atua apenas quando for extremamente necessário, reafirmando, também, seu caráter fragmentário e preocupando-se somente com os bens jurídicos tidos como mais relevantes. Enfim, o Direito Penal é a ultima ratio, e somente atuará quando as outras áreas do Direito não tiverem solução para o problema.

O princípio da insignificância tem como principal efeito a atipicidade da conduta, os fatos materialmente atípicos – afasta-se, pois, a tipicidade material – devem ofender, de forma suficiente, o bem, a ponto de acarretar a atuação do Estado; se a lesão causada ao bem jurídico for ínfima, a lei penal não deve se ocupar de tal ação por ela não ser típica.

Ademais, há vantagens na aplicação desse princípio, como a redução dos custos sociais da pena e, principalmente, o desafogamento do Poder Judiciário, suprimindo sobremaneira a sobrecarga de trabalho, pois, não haverá sanção a ser computada para o agente.

Como bem ressaltado ao longo deste trabalho, o ordenamento jurídico não se resume apenas ao que está positivado. Os princípios doutrinários existem para orientar a aplicação do Direito, configurando assim a necessidade de sua utilização. Portanto, entende-se que o legislador e a própria sociedade não podem permanecer apenas vinculados ao que está descrito na lei, afinal, o Direito é um conjunto de princípios e regras.

Diante do exposto no presente estudo, mesmo que de forma sintética, conclui-se que, perante uma lesão ínfima a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, deve-se sem dúvida aplicar o princípio da insignificância.

Por fim, esperou-se que a cada decisão, interpretação, julgado, o princípio da insignificância venha a ser desenvolvido e utilizado com maior fervor frente aos operadores do Direito, na seara penal, e que suas principais características sejam razoáveis e proporcionalmente inseridas com as diretrizes deste princípio, fato que sobrevenha pequeno dano, com a sua conseqüente exclusão da tipicidade, reforçando-se o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. v. 4, abr/jun, 2008.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Clarent, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Ap. crim. nº 1.0024.04.263087-1/001(1), Relator(a). Alexandre Victor de Carvalho, julgado em 19/08/2008.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, HC 91920, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 09/02/2010, DJ 11-03-2010 PP-00372 EMENT VOL-02393-02 PP-00372.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, HC 94809, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/08/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-04 PP-00644.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, HC 94770, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008 EMENT VOL-02345-02 PP-00220

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: vol. 1. 6 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLA-ROSA, Luiz Vergilio. **O direito como garantia**: pressupostos de uma teoria constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2007.

DALBORA, José Luis Guzmán. **La insignificancia**: especificación y reducción valorativas en el âmbito de lo injusto típico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 9, n. 21, p. 30-81, jul./ago. 2010.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal curso completo**: parte geral. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, v. 1. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050606124155299> Acesso em: 12 de setembro de 2015.

_____. **Evolução da teoria da tipicidade penal**. Publicado em 06 de junho de 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 1. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050606124155299> Acesso em: 12 de setembro de 2015.

GARCETE, Carlos Alberto. **O Princípio da insignificância**. RT. Ano 2003, v. 1078, julho de 2011.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GUIMARÃES, Isaac Sabba. **Dogmática penal e poder punitivo**. Curitiba : Juruá Editora, 2010.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2002.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: à luz da lei 9099/95**. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Princípios políticos do direito penal**. 2 ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Princípio da insignificância no Direito Penal**: análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAIA NETO, Candido Furtado; KUEHNE, Mauricio. (org). Bases humanitárias e democráticas para reforma do direito penal brasileiro – **Ciência Penal, Coletânea de Estudos**. Curitiba: Juruá, 2009.

MANÃS, Calos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 10°. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 154.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. v.1. 8 ed. Brasília: JusPodivm, 2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2013.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Princípio da insignificância nos crimes patrimoniais: proposta de um critério para a sua aplicação*. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 3, nº 171. 2008. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1158>> Acesso em 25 ago. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2008.

SILVA, Fernando Aparecido da. **O princípio da insignificância e sua aplicação pelos tribunais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/o-principio-da-insignificancia-e-sua-aplicacao-pelos-tribunais>. Acesso em 1 jul. 2015.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 1 ed. Ed Juruá: Curitiba, 2010.

_____. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

SILVA, Marcelo Rodrigues. **Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal**. *ibccrim* ano 11. n. 45 outubro-dezembro 2002.

TEIXEIRA, Mariana. **O princípio da insignificância: seu conceito e aplicação no século XXI**. 11 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20090714112708525_direito-criminal_o-principio-da-insignificancia-seu-conceito-e-aplicacao-no-seculo-xxi-mariana-teixeira.html> Acesso em: 2 jun. 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. 11. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Volume: Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.