



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
FACULDADE DE DIREITO
CORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E ELABORAÇÃO DE
MONOGRAFIA JURÍDICA

PAULO HENRIQUE LIMA SOARES

195566

CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS PÁTRIOS

343

xDireito penal
x Juizes decisões

AC.111129
343
S 676c
R 13998467

FORTALEZA
MAIO - 2009

PAULO HENRIQUE LIMA SOARES

**INTRODUÇÃO A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS PÁTRIOS**

**CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS PÁTRIOS**

Trabalho de conclusão de curso submetido à
Banca Examinadora e à Coordenação de
Atividades Complementares e Elaboração de
Monografia Jurídica como requisito para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito pela
Universidade Federal do Ceará.

Trabalho de conclusão de curso submetido à
Banca Examinadora e à Coordenação de
Atividades Complementares e Elaboração de
Monografia Jurídica como requisito para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito pela
Universidade Federal do Ceará.

Orientador: Profa. Wagneriana Lima Temóteo

**FORTALEZA
MAIO- 2009**

PAULO HENRIQUE LIMA SOARES

**CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS PÁTRIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação de Atividades Complementares e
Elaboração de Monografia Jurídica da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará,
como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 09/06/2009.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Wagneriana Lima Temóteo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará-UFC



Prof. Marcos de Holanda
Universidade Federal do Ceará-UFC



Mestrando Vinícius de Mattos Magalhães
Universidade Federal do Ceará-UFC

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os que estiveram comigo durante este período, especialmente a todos os que me apoiaram e me incentivaram a continuar estudando. Agradeço também a todos os que me ajudaram a superar as dificuldades que me foram impostas. Agradeço aos meus amigos, que me ajudaram a superar as dificuldades que me foram impostas. Agradeço também aos meus professores, que me ajudaram a superar as dificuldades que me foram impostas. Agradeço também aos meus pais, que me ajudaram a superar as dificuldades que me foram impostas. Agradeço também aos meus irmãos, que me ajudaram a superar as dificuldades que me foram impostas. Agradeço também aos meus amigos, que me ajudaram a superar as dificuldades que me foram impostas. Agradeço também aos meus professores, que me ajudaram a superar as dificuldades que me foram impostas. Agradeço também aos meus pais, que me ajudaram a superar as dificuldades que me foram impostas. Agradeço também aos meus irmãos, que me ajudaram a superar as dificuldades que me foram impostas.

À minha família

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, por todo o apoio e força que tem me dado das mais diversas formas possíveis.

Ao meu tio, por compreender minhas ausências no barzinho onde assistimos futebol todos os domingos.

A todos os meus amigos, que entendem minhas dispensas aos convites feitos para momentos de lazer, notadamente vídeo games e basquete.

À minha orientadora, que discerniu o momento difícil e atribulado por que eu passei na época da elaboração deste trabalho e teve paciência no auxílio de sua confecção.

de sobre-exatidão da aplicação do princípio da insignificância, a fim de evitar paralisar a aplicação da lei em ocasião da adoção de um Direito Penal. Embora a lei não tenha formulado critérios para problemas jurídico-penais, pelo menos não o Direito Penal brasileiro, que tutela apenas os bens jurídicos, o princípio da insignificância atua como auxiliar interpretativo, para não causar consequências de lesão a bens jurídicos e a criação de um desrespeito infimo valor social. O princípio da insignificância possibilita pacifica pela doutrina e jurisprudência que concerne à valoração da conduta, desde que exista um tratamento legal, e não se trata de análise sobre a insignificância da conduta pelo aplicador do Direito Penal. A ausência de

relevância. Princípio da insignificância
 e a conduta penalmente insignificante.

“O princípio da insignificância se ajusta à equidade e correta interpretação do Direito.”

(Diomar Ackel Filho)

RESUMO

Trata sobre as controvérsias da aplicação do princípio da insignificância pelos juízes e tribunais pátrios. Versa sobre a necessidade de adoção de um Direito Penal Mínimo como a melhor forma de solucionar os problemas jurídico-penais pelos quais passa a sociedade. O Direito Penal deve se ocupar de tutelar apenas os bens jurídicos sociais mais relevantes. O princípio da insignificância atua como auxiliar interpretativo limitador da incidência da lei penal no caso concreto em situações de lesão a bem jurídico penalmente tutelável que, embora nessa condição, de fato, apresente ínfimo valor social. O exame da jurisprudência mostra que o princípio em tela tem aceitação pacífica pela jurisprudência. Sua aplicação, todavia, se mostra controvertida no que concerne à valoração do objeto e às hipóteses de não cabimento, na medida em que não existe um tratamento legal e/ou doutrinário suficientes. Em termos gerais, tem-se que a análise sobre a insignificância deve ser norteadas pelo bom-senso e pelo ideal de razoabilidade do aplicador do Direito, devendo sempre que possível ser admitida.

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Intervenção mínima. Direito penal mínimo. Bem jurídico penalmente insignificante.

ABSTRACT

It's about the controversies of the application of the principle of insignificance by the judges and courts of Brazil. It treats about the weeding of adoption of a Minimum Criminal Law as the best way to solve the legal and criminal problems for which the society is undergoing. The Criminal Law should be responsible for protecting only the most relevant social legal goods. The principle of insignificance act as a restricted interpretative helper in the incidence of the criminal law in a concrete case of injury situations in a legal good criminally protecting that, although that condition, in fact, has a minimal social value. The examination of case law shows that the principle in focus has a peaceful acceptance. However, its application, is showed controverted concerning to the valuation of the object and the hypotheses that are not relevant, while there is no legal and/or doctrinal enough treatment. In general terms, the analysis about the insignificance should be guided by good sense and ideal of reasonableness by the law user and should be accepted whenever possible.

Key-words: Principle of insignificance. Minimum intervention. Minimum criminal law. Legal goods criminally negligible.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. INTRÓITO HISTÓRICO DO DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	13
1.1 Abolicionismo.....	13
1.2. Direito Penal do Inimigo.....	16
1.3. Direito Penal Mínimo.....	21
2. PRINCÍPIOS MINIMALISTAS DO DIREITO PENAL.....	26
2.1. Conceito e caráter normativo dos princípios.....	26
2.2. Princípio da Intervenção Mínima.....	30
2.3. Princípio da Fragmentariedade.....	33
2.4. Princípio da Lesividade.....	35
2.5. Princípio da Adequação Social.....	37
2.6. Princípio da Proporcionalidade.....	41
2.7. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	45
3. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	50
3.1. Natureza jurídica do Princípio da Insignificância.....	50
3.2. Origem do Princípio da Insignificância.....	53
3.3. Conceito de Princípio da Insignificância.....	54
3.4. Importância prática do Princípio da Insignificância.....	56
3.5. A mensuração da insignificância do bem.....	58
3.6. Hipóteses de cabimento da aplicação do Princípio da Insignificância.....	62
3.7. A aplicação do Princípio da Insignificância pelos Juízes e Tribunais pátrios.....	66
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	82

INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância, inegavelmente, é princípio penal implícito no ordenamento jurídico pátrio. Atua no sentido de emprestar razoabilidade na aplicação *in concreto* da lei penal sobre os comportamentos sociais. É parte integrante e necessária de uma lista de princípios (intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade, adequação social, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana) que analisados conjuntamente formam o Direito Penal Mínimo.

O ideal minimalista, a seu turno, visa uma maior humanidade, justiça e eficácia na atuação do Direito Penal, em benefício da sociedade e do Estado de Direito, prevendo que apenas as condutas que firam significativamente a bens jurídicos sociais relevantes merecem sua guarida.

A sociedade, ao contrário, influenciada pela mídia e pelo discurso político, acredita que a solução para a redução da criminalidade está numa atuação máxima do Direito Penal, este tutelando todos os bens jurídicos com a rudez que lhe é inerente. Às suas instâncias, todas as condutas desviadas praticadas pelos indivíduos devem ser motivo de atuação penal estatal, não importando o valor e a importância do bem atingido, mas sim o exemplo para o agressor.

Sabe-se, contudo, que a diminuição dos problemas criminalísticos não decorre do encarceramento em massa dos delinquentes, e sim do fornecimento de condições de vida digna por parte do Estado a todos os seus cidadãos. Opostamente, a criminalização de todos os comportamentos antinormativos só redundaria em ainda mais descrédito para o Direito Penal, vez que a impunidade, em verdade, aumentaria, como será visto no decorrer dessa obra.

O intento, portanto, é que a aceitação e a aplicação do princípio da insignificância corroborem para uma atuação estatal mínima que, verdadeiramente, ao final, favoreceria o bem-estar social e a continuidade do Estado.

Assim, para melhor entendimento do tema de acordo com os contornos já mencionados, é imprescindível que se busque analisar mais aprofundadamente a tese do Direito Penal Mínimo (ou do Equilíbrio), cujo objetivo foi exposto a pouco, notadamente em comparação com os seus dois extremos: o abolicionismo, que prevê a total inexistência do Direito Penal, e o Direito Penal Máximo (ou do Inimigo), o qual, contrariamente, prega incidência exhaustiva da norma penal a todas as condutas anti-sociais. Análise esta que será feita exordialmente.

Ademais, como para entender uma parte, é conveniente saber do todo, é patente a necessidade de estudo sobre os princípios elencados no parágrafo inicial deste intróito, que, juntos, formam um pente fino pelo qual o tipo penal deve passar, desde a criação legislativa do tipo até a aplicação prática da norma. Todos, sem se descuidar de qualquer um, devem ser observados pelos criadores e pelos aplicadores da lei penal, sob pena de ofensa aos ditames principiológicos do ordenamento jurídico nacional. Isto será procedido no segundo capítulo deste trabalho.

Adentrando de vez no mérito do assunto, proceder-se-á a uma averiguação sobre a natureza jurídica do princípio da insignificância no que concerne, principalmente, à teoria do crime e a como ele reflete na descriminalização da conduta através da atipicidade conglobante do fato.

Em seguida, trazem-se a lume suas bases históricas, que remontam à antiguidade romana no brocardo *mínima non curat praetor*, e sua recente reidealização por Claus Roxin na década de sessenta, em razão das conseqüências desastrosas das duas grandes guerras mundiais para o continente europeu.

Após tal, com o fito de delinear seus contornos e seu âmbito e objetivos genéricos, lança-se mão de diversas conceituações jurídicas do princípio da insignificância, tanto de doutrinadores como de julgadores.

A sua importância prática também será objeto de atenção, uma vez que, tanto auxilia no desafogamento do sistema judiciário penal, reduzindo ao mínimo essencial o número de causas nos órgãos públicos e o de encarcerados nos presídios, como adéqua este ramo do Direito aos valores sociais da dignidade da pessoa humana.

A controvérsia maior, entretentes, está na parte do estudo concernente à mensuração da insignificância do bem e às hipóteses de cabimento da aplicação do princípio da insignificância, que são os fatores que mais geram posicionamentos contrários na doutrina e na jurisprudência pátrios acerca desse tema.

Na questão da valoração do bem atingido pela conduta, *a priori*, antijurídica, não há dúvida de que o parâmetro deve ser o conceito de razoabilidade. Todavia, muitos não se contentam devido ao fato de considerarem o termo interpretativamente vago demais para que, por si só, redunde numa opção entre a aplicação ou não de uma norma penal, enquanto que outros, apesar de sabedores da enorme discricionariedade conferida ao aplicador da lei, o veem, mesmo sozinho, como solução adequada para o dilema.

Outro atrito entre doutrinadores, entre julgadores, e entre estes e aqueles, é quanto às hipóteses em que é cabível uma análise sobre a ótica do princípio da insignificância em relação aos tipos penais.

Há quem acredite na possibilidade de consideração da insignificância do bem jurídico para qualquer delito previsto no ordenamento, e outros que defendem a sua não incidência para determinadas condutas, tais como, exemplificativamente, os crimes contra a liberdade sexual, os contra a Administração e a Fazenda Públicas, e os com uso de violência ou grave ameaça.

Ao final, se exporá o pensamento dos tribunais pátrios sobre a aplicação do princípio da insignificância no que tange, primordialmente, aos dois assuntos citados *supra*, quais sejam a mensuração da relevância social do bem jurídico para fins de aplicação do princípio da insignificância, bem como as hipóteses de cabimento deste no concernente aos tipos penais previstos ao longo das leis nacionais.

A análise acerca do princípio da insignificância, como se demonstrou, é realmente valorosa para o perfeito entendimento e funcionamento da sistemática do Direito Penal, de forma a conferir-lhe maior eficácia, com todas as conseqüências que dela advêm. A atuação mínima do Direito Penal se apresenta como solução mediata para a problemática da criminalidade, ao contrário do que pensam muitos e ao arrepio do que imediatamente interessa a outros.

O intento aqui é avaliar os benefícios sociais da observância do princípio da insignificância no Direito Penal, visto como integrante da ótica do Direito Penal Mínimo, para, ao final, verificar a sua real aplicação pelos julgadores brasileiros nos mais variados casos práticos, nas diversas instâncias e competências penais, tudo para detectar o nível de evolução minimalista a que se chegou.

1. INTRÓITO HISTÓRICO DO DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

1.1. Abolicionismo

O Direito Penal, com absoluta certeza, sempre foi e será, ou ao menos deveria ser, o ramo do direito que mais imprime temor na sociedade em geral. Justamente por ser capaz de cominar àqueles que serão objeto de repreensão em razão de condutas incompatíveis com o Estado social as penas mais severas do Direito como um todo, que são a privação de liberdade e a da vida, nas situações mais extremas.

Em diversos países, podem ser vislumbrados, igualmente, diversos sistemas penais, uns mais repressivos do que os outros. Nesse diapasão, pode-se, a título exemplificativo, analisar que, enquanto no Brasil o crime de tráfico de drogas é punido com privação de liberdade, em algumas nações da Ásia, é causa de pena de morte. Ou seja, o Direito Penal, como não deveria deixar de ser, é resultado moldado ao longo de vários anos de acordo com a cultura da sociedade que vai reger.

Na nossa sociedade, tem-se o hábito de lançar mão do Direito Penal com o fito de, muitas vezes, atingir classes sociais mais reprimidas a fim de que seja contido qualquer ímpeto de revolução. Pode-se vislumbrar, de acordo com o explanado a pouco, que o sistema penal pátrio atinge preponderantemente um grupo pré-determinado de pessoas: os pobres e os miseráveis, os moradores de favelas ou os de rua, os analfabetos, desempregados.

Algumas vezes, indivíduos de classe média e, muito raramente, de classe alta figuram como réus em ações penais. Corroborando com essa idéia de preconceito natural deste ramo jurídico, vê-se que em favor daqueles mais abastados financeiramente ainda existe a previsão legal, para determinados tipos penais, do instituto da fiança, podendo o acusado, mediante pagamento de certa quantia, defender-se no processo em liberdade.

Não há como se negar, portanto, que no atual contexto impera o intuito de o legislador, o aplicador da norma e o público em geral conterem as classes menos favorecidas. É inegável também, outrossim, que a vigente conjuntura penal mundial, que eleva os valores da dignidade da pessoa humana, inadmite abusos por parte do Direito Penal, e é por este motivo que são previstos inúmeros princípios que almejam evitar injustiças, tais como os da limitação das penas, da responsabilidade pessoal, da proporcionalidade, da legalidade, da individualização da pena, dentre diversos outros.

O problema dos princípios é que, apesar de seu caráter normativo, como se verá adiante, muitos aplicadores do Direito os ignoram quando do julgamento de determinadas demandas, até nas penais, ocasionando enorme alvoroço no sistema como um todo. Ademais, por vezes, nem ao Estado mesmo é interessante, ou até mesmo possível, a integral e imediata observância de certos princípios.

Ousa-se afirmar, v.g., que o princípio da dignidade da pessoa humana, em toda a sua completude, é de impossível aplicação ao sistema penal pátrio, uma vez que é inegável a ofensa a tal princípio, a título exemplificativo, quando o acusado, condenado ou não, é encarcerado em cela projetada para ter a metade dos presos que efetivamente contém, em péssimas condições de higiene, que dormem sentados e deitados em regime de revezamento com os outros, alimentando-se deficitariamente e, por vezes, sendo agredidos e/ou violentados.

É por estes e por outros motivos que existem defensores da tese de que o Estado deve garantir a ordem social mediante mecanismos outros que não o Direito Penal. Filippo Gramatica, idealizador do movimento, acreditava, já em 1945, que era necessário abolir o Direito Penal e os sistemas penitenciários vigentes como uma das formas de garantir a ordem social. Essa era, verdadeiramente, a Defesa Social.

Para os estudiosos deste movimento, os conflitos interindividuais podem ser resolvidos através de outros ramos do Direito, como o Direito Civil e o Administrativo, devendo-se ignorar os modos de repressão penal e processual penal.

O Direito Penal, para a tese abolicionista, é incapaz de resolver conflitos com eficácia e de realmente garantir a ordem social em razão de seu caráter discriminatório e seletivo, da impossibilidade de prevenir/reprimir/ressocializar os presos que caem no sistema carcerário, da dificuldade, em alguns casos, de se estabelecer a existência concreta de infração penal e da existência de alto índice de impunibilidade (cifra negra).

Desta forma, é clara, e pode até convencer, a crítica abolicionista quando afirma a seletividade do Direito Penal. Afinal, prega que este ramo do Direito não fora criado, verdadeiramente, para abarcar toda a sociedade, e sim para controlar as classes mais baixas da sociedade, representadas por aqueles já oportunamente citados, do avanço contra os mais ricos, sendo raríssimos, estatisticamente falando, os casos em que o sistema penal afeta indivíduos outros que não os ali relacionados.

Outra crítica está na impunibilidade. De fato, incontáveis infratores penais não são punidos ao final, chegando o número até a ser maior do que os que são efetivamente julgados e condenados. É a chamada cifra negra. E se o indivíduo, por azar próprio, vier a ser

condenado, certamente, pode-se afirmar que a pena não cumprirá sua função-mor, qual seja, a ressocialização.

Lecionam ainda que outros ramos do Direito poderiam atuar satisfatoriamente na resolução dos conflitos que estão sob o âmbito de defesa do Direito Penal, notadamente o cível e o administrativo.

É perceptível, feitas estas considerações sobre o abolicionismo, que seus precursores acreditam fidedignamente na necessidade de obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, posto que seu estudo é justamente baseado em sua ofensa. Isto é, devido à mera possibilidade de ignorância do mencionado princípio, é que deve ser abolido o Direito Penal. A dignidade da pessoa humana, então, é o pilar de sustentação da construção da tese abolicionista.

Como se pode vislumbrar, as críticas engendradas pelos abolicionistas são plausíveis. De fato, o Direito Penal possui muitos daqueles defeitos, ou todos eles, dependendo de qual sistema irá se analisar. A argumentação de malferimento da dignidade da pessoa humana em diversas oportunidades, tanto na matéria penal como na processual penal, bem como, e mais ainda, na fase executória da condenação, é irretocável.

Todavia, apesar da crítica fundamentada, a tese em comento peca na solução apresentada aos problemas por ela relatados. Na realidade, não há como se abolir o sistema penal, pois, infelizmente, ainda existem condutas graves que merecem a sua guarida, mesmo com todas as falhas relatadas supra.

Não há como se conceber que crimes como homicídio, latrocínio, estupro, e outros mais, tanto contra a vida como contra os costumes, possam ser punidos pelo Direito Civil. Não é suficiente, para a vítima e para o Estado, que bens jurídicos de enorme importância, como são os afetados pelos delitos listados a pouco, sejam protegidos pelo ramo cível do ordenamento jurídico.

Decerto, outrossim, Antônio Padova Marchi Júnior, em comentários expendidos a essa temática, ensina que:

O abolicionismo surgiu a partir da percepção de que o sistema penal, que havia significado um enorme avanço da humanidade contra a ignonímia das torturas e contra a pena de morte, cujos rituais macabros encontram-se relatados na insuperável obra de Michel Foucault, perdeu sua legitimidade como instrumento de controle social.

Todavia, o movimento abolicionista, ao denunciar essa perda de legitimidade, não conseguiu propor um método seguro para possibilitar a abolição imediata do sistema penal. Diante de tal impasse, o princípio da intervenção mínima conquistou rapidamente ampla adesão da maioria da doutrina, inclusive de alguns abolicionistas que passaram a enxergar nele um estágio em direção à abolição da pena.

De fato, a opção pela construção de sociedades melhores, mais justas e mais racionais, impõe a reafirmação da necessidade imediata de redução do sistema penal

enquanto não se alcança a abolição, de forma a manter as garantias conquistadas a favor do cidadão e, ao mesmo tempo, abrir espaço para a progressiva aplicação de mecanismos não penais de controle, além de privilegiar medidas preventivas de atuação sobre as causas e as origens estruturais de conflitos e situações socialmente negativas.¹

Assim, na atual conjuntura social, pode-se afirmar, que o Direito Penal é um “mal necessário” na sociedade, não no sentido de que não deveria existir, mas no de que, apesar de todos os seus problemas, notadamente no Direito Penal pátrio, tem de continuar a reger determinadas condutas, sendo impossível a subsistência de uma sociedade com a abolição do sistema penalista.

1.2. Direito Penal do Inimigo

Na contra mão da tese abolicionista, estão os que veem na atuação do Direito Penal a solução para os problemas de todas as condutas desvirtuadas. Enquanto que os abolicionistas vislumbram o fim da normatização penal como o verdadeiro remédio à situação problemática da sociedade no que tange aos direitos e garantias individuais, os que acreditam no Direito Penal Máximo garantem que é na inflação do sistema penal que está a resposta ao bem-estar social.

Surgido com o intento de defesa desse último pensamento, o movimento Lei e Ordem prega o recrudescimento das normas penais, a criação de novos tipos e o afastamento de muitas das garantias penais e processuais penais em relação ao acusado delinqüente.

A mídia foi, e continua sendo, a principal defensora desse movimento. No Brasil, jornalistas e repórteres mal preparados e despidos de qualquer saber quanto à matéria jurídica penal divulgam diariamente a falência gradual do nosso sistema, apontando como única solução a atuação máxima das normas criminais.

Atingindo seu objetivo, a população, plenamente maleável ante os órgãos midiáticos, igualmente passa a imaginar que a redução da criminalidade e da insegurança só viria com um amplo âmbito de ação do Direito Penal. Não há muito interesse em se cobrar educação, saúde, lazer, dentre outros direitos sociais. Ignora-se até mesmo as situações de corrupção divulgadas, vez que quase toda a atenção está voltada unicamente à punição imediata e “exemplar” daquele indivíduo que cometeu conduta ilícita.

A idéia de Direito Penal Máximo, portanto, consiste na proteção de todo e qualquer bem jurídico, não importando, ainda, qual seja o seu valor. Todo ferimento a

¹ MARCHI JÚNIOR, Antonio de Padova. *Abolicionismo criminal*. Disponível em: www.direito.penal.adv.br. Acesso em: 10.05.2009.

determinado bem ocasionado por conduta anti-social merece ser punida pelo Direito Penal. Toda conduta anti-social, portanto, por corolário lógico, deve restar descrita e positivada nas normas criminais.

O que se almeja é a educação negativa da sociedade, ou seja, baseada naquilo que não se pode fazer. Para tal, ele está sempre lá, o Direito Penal preventivo e repressor, para amedrontar aqueles que cogitem em cometer alguma infração. Se um pai de família, a título exemplificativo, desempregado e falido, planeja furtar carne, arroz e feijão de uma rede de supermercado para alimento próprio e de seus parentes, vier a imaginar as possíveis conseqüências penais em ser condenado por isso, eventualmente poderá desistir. Esse é um dos intentos do Direito Penal Máximo.

Até mesmo a cominação de pena alternativa em detrimento da prisão do agente para determinados tipos penais é objeto de crítica, devido ao fato de acarretar um improvável estímulo à outras ações criminosas, numa idéia irracional de que sua aplicação apenas gera impunibilidade.

O ideal é, desta forma, que, para qualquer ação anti-social de um indivíduo, seja ele condenado e encarcerado como forma de evitar que cometa nova conduta delitiva, além de servir de exemplo para a sociedade de que não se deve agir ilicitamente.

Um dos maiores exemplos práticos da concreta e desastrosa experiência do movimento Lei e Ordem ocorreu na década de noventa, do século antecedente, na qual o prefeito de Nova York adotou a política do “Tolerância Zero” com o fito de reduzir a criminalidade na capital econômica mundial.

O que se viu, em verdade, foi uma perseguição das classes desfavorecidas. Os pobres, os sem-teto e os analfabetos eram reprimidos pelos órgãos policiais nova-iorquinos com o intento de se proteger a classe média e alta daquela cidade.

Observa-se, pelo que foi dito até então, que o respeito à dignidade da pessoa humana resta ignorada em benefício de um Direito Penal inflado e amplamente atuante. Isso faz com que muitos, de visão mais aberta, vejam com maus olhos o pensamento preconizado pelo Direito Penal Máximo, uma vez que qualquer de nós está sujeito ao cometimento de uma conduta anti-social, por menor que seja, em algum estado emocional complicado, talvez. Mas, como nessa linha de raciocínio, todo e qualquer bem jurídico deve restar garantido por leis penais, será merecedora de árdua punição. Assim, desta feita, o sistema punitivo máximo, derivado do respectivo ramo jurídico, atuaria contra nós, uma idéia nem um pouco agradável de se ter.

De qualquer modo, não há como se almejar fazer subsistir uma ideologia maximalista, por assim dizer, do Direito Penal, vez que, quem sabe, traria resultados piores até do que os da adoção da tese abolicionista, apregoada anteriormente, posto que o descrédito neste seria total e a impunidade atingiria níveis mais elevados do que os vislumbrados atualmente graças ao enorme número de tipos penais, o que tornaria praticamente impossível a punição de todas as condutas antijurídicas cometidas, elevando-se, assim, ainda mais, a malsinada cifra negra.

Rogério Greco sintetiza quase todo o pensamento aqui esposado em algumas palavras, a seguir reproduzidas:

Enfim, o falacioso discurso do movimento de Lei e Ordem, que prega a máxima intervenção do Direito Penal, somente nos faz fugir do alvo principal, que são, na verdade, as infrações penais de grande potencial ofensivo, que atingem os bens mais importantes e necessários ao convívio social, pois que nos fazem perder tempo, talvez propositadamente, com pequenos desvios, condutas de pouca ou nenhuma relevância, servindo, tão-somente, para afirmar o caráter simbólico de um Direito Penal que procura ocupar o papel de educador da sociedade, a fim de encobrir o grave e desastroso defeito do Estado, que não consegue cumprir suas funções sociais, permitindo que, cada dia mais, ocorra um abismo econômico entre as classes sociais, aumentando, assim, o nível de descontentamento e revolta na população mais carente, agravando, conseqüentemente, o número de infrações penais aparentes, que, a seu turno, causam desconforto à comunidade que, por sua vez, começa a clamar por mais justiça. O círculo vicioso não tem fim.²

Com raciocínio similar ao do movimento Lei e Ordem e integrante da árvore genealógica do Direito Penal Máximo, está o Direito Penal do Inimigo, este o mais agressivo de todos.

Idealizado por Günther Jakobs, a presente teoria afirmava a existência de dois direitos penais plenamente e concomitantemente atuantes em uma mesma jurisdição: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Cidadão seria aplicável àquele infrator que, submetido e obediente ao Estado, eventualmente, cometeu algum ato delitivo, com a observância de todas as garantias e direitos fundamentais materiais e processuais.

Por outro lado, o Direito Penal do Inimigo ocupa-se com aqueles indivíduos que, com habitualidade, insubordinando-se propositadamente ou não à idéia de Estado e de sociedade, comete crimes de natureza grave, merecendo, assim, serem tratados como inimigos estatais. Nesse caso, os princípios fundamentais poderiam ser ignorados uma vez que não se estaria lidando com cidadãos.

² GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 4. Ed., revista, atualizada e ampliada. Niterói: Impetus, 2009, p. 17.

Seria um “estado de guerra” contra tais delinqüentes que, por sua vez, optaram por se afastar do Estado e do Direito. Seriam indivíduos que vivem em um estado natural, e não num estado de direito.

Afirma o próprio Jakobs, sobre a atuação estatal em relação aos agentes infratores de ambos os sistemas penais por ele mesmo descritos, que o Estado “pode proceder de dois modos com os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem, pessoas que cometeram um erro, ou indivíduos aos que há de impedir mediante coação que destruam o ordenamento jurídico”³.

O exemplo usado por Jakobs quanto à definição de inimigo, qual seja, sujeitos que estão fora do ideal de Estado, foi o de integrantes de organizações criminosas e de grupos terroristas.

A tese inova mais ainda quando prega a antecipação aos atos criminosos. Isto é, permite-se que o Estado atue punitivamente no momento em que há a mera preparação. O intento, então, não é sancionar as condutas passadas e, sim, evitar as futuras.

Meliá, co-autor da obra em que Jakobs aduz o pensamento do Direito Penal do Inimigo, pondera:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas.⁴

Um das grandes críticas que se faz a essa ideologia é de se saber ao certo quem é o inimigo. Qualquer definição ou parâmetro que se busque estabelecer dará margem a possíveis utilizações deturpadas que visem atingir determinado objetivo político.

Jesus-Maria Silva Sanchez, versando sobre Direito Penal do Inimigo, aduz que:

Se nos restringirmos à definição do autor, o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.⁵

Percebe-se, entretanto, com clareza, que o critério de estabelecimento do inimigo é puramente político, sendo passível de diversas interpretações, inclusive as que

³ *Apud* GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 4. Ed., revista, atualizada e ampliada. Niterói: Impetus, 2009, p. 18.

⁴ *Ibid*, p. 19.

⁵ SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 149.

objetivem o alcance de interesses pessoais. Jakobs mesmo citou os terroristas e os participantes de organizações criminosas como exemplos de inimigos do Estado, o que, dependendo da visão, pode ser concebível.

Hitler, todavia, tentando aplicar a teoria do Direito Penal do Autor, tese bem assemelhada à do Direito Penal do Inimigo, classificou como “estranhos à comunidade” (inimigos) os indivíduos por ele tidos como sociais, tais como, prostitutas, delinquentes, pedintes, alcoólatras, por exemplo, acabando, afinal, por interesses econômicos, atingindo os judeus que residiam na Alemanha.

O próprio Cancio Meliá, já citado *supra*, em crítica aberta ao Direito Penal do Inimigo, na mesma obra assevera que:

Em efeito, a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, a primeira vista, uma qualificação como outro, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo, não supõe declará-lo um fenômeno natural a neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização. Que outra coisa não é Lúcifer senão um anjo caído? Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a idéia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito Penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito Penal do Inimigo.⁶

Assim, é notório que o conceito de “perigosidade” é politicamente maleável, trazendo enormes chances de ser utilizado com interesses escusos por parte dos que estão no controle da sociedade. Inimigo poderá ser qualquer um que se queira que seja inimigo, sendo-lhe, então, dispensado tratamento destoante da dignidade da pessoa humana.

Há de se admitir, apesar de todas as falhas, que é uma tese capaz de facilmente ser absorvida pela população em geral, principalmente quando pregada pela mídia e por alguns políticos como solução para a redução da criminalidade. A lógica é bem simples aos desavisados: quanto maior o âmbito de atuação do Direito Penal, maior a segurança e a proteção à sociedade.

Contudo, em verdade, como já foi explanado acima, quanto maior o Direito Penal, quanto mais tipos penais descritos na norma, maior será a impunidade, posto que ao Estado restaria impossível a condenação e punição de todas as condutas ilícitas previstas no sistema penal inflado.

Desta forma, vê-se que o Direito Penal do Inimigo, no meio como é proposto por Jakobs, é uma tese que não merece guarida nos ordenamentos jurídico-penais mundiais graças

⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo, moções e críticas*. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 71-72.

às falhas das quais é acometido, que, verdadeiramente, podem destruir uma sociedade, ao invés de melhorá-la.

Pode-se vislumbrar, entretantes, que a teoria é tão convidativa que já começou a ser, mesmo que modicamente, implantada em diversos sistemas penais, como, por exemplo, no caso do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, aplicado aos presos de maior periculosidade de nosso país.

Todavia, não há um direito penal no mundo, atualmente, que a adote integralmente, talvez por sua irracionalidade e seu vício conceitual. O que se vislumbra, então, são apenas traços dessa teoria.

1.3. Direito Penal Mínimo

A lógica do Direito Penal Mínimo, por fim, num posicionamento mais mediano e racional em comparação aos esposados acima, defende uma atuação, com o perdão da redundância, mínima daquele ramo jurídico. Mínima não no sentido de quase abolição, ou como um passo para a abolição, mas no que tange à ação estritamente necessária para a solução dos conflitos da sociedade.

Ou seja, para os minimalistas, o Direito Penal deve existir, posto que imprescindível, todavia deve visar somente a proteção dos bens jurídicos mais importantes à comunidade, que causem mais prejuízo à vítima, deixando de lado, para os outros ramos do Direito, os casos de ofensa a bem de pouca ou nenhuma monta.

Não há, em verdade, como fazer atuar o Direito Civil para punir condutas como homicídio, estupro, latrocínio, dentre outras igualmente gravosas, em detrimento da aplicação do Direito Penal, daí a sua necessidade. Por outro lado, não é preciso que se retire de um indivíduo seus direitos e garantias fundamentais a fim de que seja condenado e punido. Por isso, o que se deve vislumbrar é uma moderação.

Assim, o Direito Penal Mínimo exsurge como um direito penal equilibrado, sem os erros apontáveis nas teorias do Abolicionismo e do Direito Penal do Inimigo, com uma grande possibilidade de sucesso no intento pela paz social.

Como se ocupa apenas com os atos de maior relevância jurídica, guardando bens jurídicos do mais alto valor social, o Direito Penal Mínimo busca a excelência em punibilidade, uma vez que, com menos condutas ilícitas tipificadas, mais fácil de o Estado as punir. Não há perda de tempo e de dinheiro estatal com delitos de pouca ou nenhuma

importância, como ocorria na tese do Direito Penal Máximo, deixando espaço livre para a concentração nos fatos mais prejudiciais à sociedade.

Ao invés, por exemplo, de a polícia, o Ministério Público, a Defensoria Pública e as Varas Penais terem de se ocupar demasiadamente com o furto, por uma jovem, de algumas peças de roupa de uma rede de lojas de confecção, deverão, isto sim, empreender maiores esforços na busca pelo traficante de drogas da comunidade “x”.

Devido a isso, à maior punibilidade dos crimes graves por parte do Estado, a sociedade empresta maior credibilidade ao Direito Penal, reduzindo o clamor social por mais segurança. Os delinquentes, por sua vez, ficarão mais temerosos porque, assim, a força estatal preventiva/repressiva está mais presente e a chance de sair impune de um ato ilícito é infinitamente menor.

A tese em comento tem suas bases fundamentais nos princípios da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima, sem prejuízo de outros como da adequação social, da lesividade, da fragmentariedade, da proporcionalidade e da insignificância, este último objeto-mor deste trabalho monográfico, para os quais se traçará, neste ponto, brevíssimas considerações, apenas para explanar melhor a consistência do Direito Penal Mínimo, em virtude de serem estudados mais profundamente no capítulo subsequente.

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se que os redatores e os aplicadores da lei penal devem sempre vislumbrar o homem como o bem mais importante do Estado. Desta forma, deve-se, incondicionalmente, respeitar os direitos e garantias fundamentais de todos. E uma das formas de assim se proceder é evitar que um indivíduo passe pela humilhação de estar sendo perseguido pelo Direito Penal por atos que não geraram prejuízos e/ou danos consideráveis à sociedade.

Não há como se conceber, seguindo esta linha de raciocínio, que se possa admitir a atuação do Direito Penal em casos de furtos, exemplificativamente, de objetos de ínfimo valor, tais como quilos de arroz, latas de leite, bombons, peças de roupas e cédulas de baixo valor, com o fim de encarcerar os agentes nas celas imundas e inseguras das cadeias brasileiras, muitas vezes, arruinando suas vidas, sem que isso esteja ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da intervenção mínima, ademais, sobre o qual está construído quase toda a teoria minimalista, intenta educar o Estado no tangente à criação e revogação de tipos penais no ordenamento jurídico. Necessário se afirmar, de antemão, que este princípio, mais do que nenhum outro, aduz que o Direito Penal deve se ocupar das condutas mais gravosas, que atinjam bens jurídicos de importância para a sociedade e para o Estado.

Tendo isso em mente, o legislador deverá, no *iter* de produção da norma jurídica penal definidora de um tipo, averiguar se o bem a ser tutelado é de alto valor social. Em sendo a resposta negativa, deve-se encerrar o procedimento. Se acaso for positiva, é necessário analisar sobre a possibilidade de a proteção hipoteticamente levada a cabo pelos outros ramos do Direito ser suficiente. Se for, encerra-se a criação normativa. Caso contrário, restará autorizada a positivação da conduta posta em exame.

Da forma semelhante tem de atuar o legislador em hipótese de revogação do tipo penal. Se se verificar que determinado bem jurídico, o qual em momento anterior teve sua relevância atestada, por nova aferição, perdeu seu valor social, sob o fundamento do princípio da intervenção mínima, deve ser providenciada a retirada do tipo penal respectivo do ordenamento jurídico.

O Direito Penal, finalmente, deve sempre se restringir à proteção dos bens jurídicos mais relevantes, atuando, aqui sim, com toda a sua força repressora, sem, contudo, também, se abster de observar os direitos e garantias do delinqüente.

Pelo princípio da adequação social, ademais, fica necessário a análise sobre a aceitação social da conduta. Aquela que aparecer como socialmente aceita não deverá terminar tipificada, posto que, justamente, tal comportamento já se encontraria amparado pela sociedade em geral.

Assim, faz-se imprescindível o estudo sobre a adequação social da conduta nos momentos de criação, revogação e interpretação do tipo penal. Naquele intervalo de criação normativa, citado a pouco, deve-se igualmente averiguar se a conduta da qual ocasionou um dano é aceita socialmente. Se sim, não se o tipifica. Se não, poderá ser encaminhada ao Direito Penal.

Da mesma forma, na revogação, o legislador tem de vislumbrar se aquele comportamento, outrora reprovado, passou a ser adequado socialmente devido à sua regular aceitação. É importante, enfim, que se lance mão nesse princípio quando da subsunção de fatos à norma penal de tipo aberto, a fim de que se preveja se determinado ato ainda se enquadra no conceito vago do ato nela positivado.

O princípio da lesividade, por sua vez, impede que se incrimine atos que não atinjam bem jurídicos de terceiros. Por mais que a conduta do indivíduo seja socialmente inadequada, se efetivamente não ocasionar lesão a nenhum bem, a não ser os seus, a comportamento não merecerá punição.

Com base nesses argumentos, alguns acreditam que a “descriminalização” do usuário de drogas resta albergada por esse princípio, uma vez que, por mais que o consumo de

drogas seja inadequado perante a sociedade, *a priori*, não afetaria bem jurídico de terceiro algum que pudesse ensejar punição mais gravosa do que aquelas previstas na legislação atual, como a de admoestação verbal, por exemplo.

Pelo princípio da fragmentariedade, intimamente ligado com o da intervenção mínima, entende-se que o Direito Penal só se ocupa de parcela dos comportamentos, a mais importante dela, relegando aos demais ramos do direito os outros comportamentos e bens jurídicos de menor relevância jurídica. O Direito Penal, assim, ao contrário do que almejavam os “jakobistas”, não deve emprestar sua força com o fito de proteção de todas as condutas e bens, mas somente daqueles de maior importância social.

A proporcionalidade, outro princípio minimalista de enorme relevância, exige que a punição pela conduta ilícita seja proporcional ao valor do bem jurídico por ela atingido. Desta forma, impede-se que um delinqüente que cometeu um furto acabe condenado nos mesmos moldes que outro o qual praticou homicídio. As penas devem estar mensuradas de acordo com a relevância do bem jurídico afetado para a sociedade e para o Estado, isso, vale salientar, tanto na própria positivação da conduta e estipulação da pena (abstratamente) como na cominação desta ao acusado (concretamente).

Na mesma idéia de aplicação dos princípios aos casos concretos, além da sua observância abstrata na criação e revogação do tipo, vem o princípio da insignificância como uma outra coluna de sustentação do Direito Penal Mínimo.

De nada serviria, para os fins desta corrente, o princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade, da lesividade, da adequação mínima e da proporcionalidade serem vislumbrados quando da criação das normas penais se não houvesse o princípio da insignificância para atuar em suas interpretações.

Destarte, o princípio da insignificância serve para impedir a ação penal exacerbadamente repressora quando da prática concreta de condutas tipificadas que findam por atingir bens jurídicos irrelevantes.

Explico melhor. O legislador criou o tipo de furto com vistas à proteção do patrimônio e o fez acertadamente. Todavia, seu ideal não era, ou ao menos não deveria ser, a punição pelo furto de uma cédula de cinco ou dez reais, e sim de um patrimônio relevante. Então, deve-se observar a presente conduta sob a ótica da insignificância, excluindo-se a própria tipicidade do fato, sem prejuízo do direito de a vítima reclamar civilmente pelos danos sofridos.

A lógica do Direito Penal Mínimo, como visto, parece ser a mais razoável dentre as apresentadas. É recheado de princípios garantistas, mas, em tese, deve sempre estar pronto

pra atuar e reprimir as condutas mais graves contra a sociedade. Não traz os vícios extremistas das posições já apresentadas: a impunidade de comportamentos relevantes, como aconteceria na Abolicionista (um homicídio qualificado nunca seria efetivamente punido através do Direito Civil) ou a punição exacerbada de crimes menos ofensivos, como se fosse adotado o Direito Penal Máximo (ou do Inimigo).

A posição equilibrada pregada pelo Direito Penal Mínimo é a mais racional. Só se pune com rigor as condutas mais relevantes. As de pouca monta podem ser reprimidas através de penas outras que não a privação de liberdade, mesmo que continuem inseridas no âmbito de proteção do Direito Penal, ou por meio de reparações pecuniárias, se sobrarem ao Direito Civil, ou pelo cumprimento de quaisquer outras penalidades impostas pelos Direito Administrativo e Tributário.

2. PRINCÍPIOS MINIMALISTAS DO DIREITO PENAL

2.1. Conceito e Caráter Normativo dos Princípios

Entende-se por princípio tudo aquilo que serve de base fundamental a qualquer verdade científica. Existem como lógicas incontestáveis. São o ponto de partida, o marco zero, das pesquisas científicas, além de auxiliá-las no *iter* procedimental, dando-lhes o substrato que necessitam.

O doutrinador Miguel Reale, sobre o tema, analisando genericamente o conceito de princípio, ensina que “toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de *princípios*, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.”⁷

Princípios, já segundo definição etimológica que interessa ao Direito, quer dizer fontes. Ou seja, é neles que os ordenamentos jurídicos buscam sua validade. Uma norma jurídica despida de fundamento em princípios, ou pior, contrária aos ditamos impostos por eles, não merece prosperar na regência das relações jurídicas. Assim, são normas gerais abstratas que devem ser vislumbradas e consideradas quando da criação e da interpretação das normas jurídicas concretas.

O professor José de Albuquerque Rocha, sobre o tema, leciona o que se segue:

Em síntese, admitindo-se que o direito tem um fundamento, e que este não é de natureza transcendental, mas social, podemos dizer que os princípios são os valores morais, políticos e jurídicos de determinada sociedade proclamados por normas de direito, que denominamos normas principiológicas.

Em uma sociedade democrática, os princípios são valores do povo, pois é de onde surge o direito (CF, art. 1º, parágrafo único).⁸

Vale salientar que os princípios podem estar positivados ou não. Isso, entretanto, não faz diferença alguma no que concerne à obrigatoriedade de sua observação. Assim, tem-se que o princípio do devido processo legal está expressamente previsto constitucionalmente no inciso LIV de seu art. 5º que afirma categoricamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁹.

Por outro lado, não há quem duvide da existência e da aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, este último não está nele positivado, estando implícito. Nesse sentido, Fredie Didier Júnior assevera que:

⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. Ed., ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 303.

⁸ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 44.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008, p. 38.

Considerando que o princípio não precisa estar expressamente previsto para que esteja embutido no sistema normativo, pode-se concluir que a Constituição Federal, ao disciplinar o Poder Judiciário com uma organização hierarquizada, prevendo a existência de vários tribunais, tem nela inserido o princípio do duplo grau de jurisdição.¹⁰

Na mesma idéia da imprevisão expressa do princípio do duplo grau de jurisdição, há aqueles que afirmam não poder ser dedutível citado princípio do inciso constitucional que prevê o contraditório e a ampla defesa, como defendem alguns. O dispositivo da Constituição aduz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”¹¹.

Assim, há estudiosos que acreditam que a utilização da palavra “recursos” no texto supra é uma referência constitucional expressa ao duplo grau de jurisdição. Não há, contudo, como prosperar este pensamento, uma vez que existem recursos que não necessariamente acarretam numa análise por juízo superior, tal como os embargos de declaração e os embargos infringentes.

É possível, portanto, notar que o princípio do duplo grau de jurisdição não está positivado em nosso direito processual. Todavia, não se descarta a sua observância pelos juízes e/ou tribunais quando for incidente.

Possuem, os princípios, a depender da matéria sobre a qual versam, diferentes âmbitos de atuação, podendo ser vislumbrados em todo o Direito, bem como em apenas um de seus ramos. É bem verdade que todos os princípios são interpretados da forma como devem ser aplicados a cada ramo do Direito, o que, contudo, não lhes diminui o âmbito de observância.

Assim, o princípio da legalidade é aplicável a todo o ordenamento jurídico, mas de uma forma mais moderada no Direito Civil do que no Direito Penal. O princípio do devido processo legal, por sua vez, pode ser vislumbrado em todos os ramos jurídicos referentes a direito processual, tais como Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito Processual Administrativo e Direito Processual Tributário, exemplificativamente, sendo impossível, logicamente, forçar-lhe uma atuação ante algum dos ramos jurídicos representativos do direito material. O princípio da intervenção mínima já se restringe apenas ao Direito Penal, não se o vislumbrando em mais nenhuma outra matéria jurídica.

Do que se expôs acima, àqueles princípios cuja aplicação pode ser vista em vários ramos jurídicos dá-se o nome de princípios gerais do direito.

¹⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Cível*. Meios de Impugnação à decisões judiciais e a processo nos tribunais. 3. Ed. São Paulo: Editora Podvum, 2007. Vol. 3.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008, p. 38.

Nalguns momentos o legislador expressamente ressalva que os princípios devem ser levados em consideração quando da ausência de normas jurídicas incidentes sobre o fato concreto, como é o caso do art. 4º da LICC e do art. 8º da CLT, respectivamente, *in verbis*, *infra* transcritos:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.¹²

Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (negritou-se)¹³

Nestes casos, percebe-se que os princípios não serão usados para auxiliar na interpretação da norma jurídica existente ou para servir de base fundamental à sua criação, mas como norma jurídica em si que irá regular e incidir sobre o caso concreto *sub judice*. É o princípio mesmo que será aplicado com o fito de solucionar o conflito levado a juízo pelas partes.

Feitas estas considerações, para clarificar o que foi explanado até então e acrescentar algo mais, convém trazer a lume, novamente, os ensinamentos do professor José Albuquerque Rocha sobre as funções dos princípios em geral:

Os estudiosos da Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Processo afirmam que os princípios desenvolvem três funções no direito em geral e no direito processual em particular: (a) função fundamentadora; (b) função orientadora de interpretação; (c) função de fonte subsidiária.

a) *Função fundamentadora*. Os princípios, até por definição, constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Quando o legislador se apresta a normatizar a realidade social, o faz, sempre, consciente ou inconscientemente, a partir de algum princípio. Portanto, os princípios são as *idéias básicas* que servem de *fundamento* ao direito positivo. Daí a importância de seu conhecimento para a interpretação do direito e elemento integrador das lacunas legais, como veremos a seguir.

b) *Função orientadora da interpretação*. A função orientadora da interpretação desenvolvida pelos princípios decorre logicamente de sua função fundamentadora do direito. Realmente, se as leis são informadas ou *fundamentadas* nos princípios, então devem ser interpretadas de acordo com os mesmos, porque são eles que dão sentido às normas. Os princípios servem, pois, de guia e orientação na busca de sentido e alcance das normas.

c) *Função de fonte subsidiária*. Nos casos de lacunas da lei os princípios atuam como elemento integrador do direito. A função de fonte subsidiária exercida pelos princípios não está em contradição com sua função fundamentadora. Ao contrário, é decorrência dela. De fato, a fonte formal do direito é a lei. Como, porém, a lei *funda-se* nos princípios, estes servem seja como guia para a compreensão de seu sentido (interpretação), seja como guia para o juiz suprir a lacuna da lei, isto é, como critério para o juiz formular a norma do caso concreto.¹⁴

¹² BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008, p. 157.

¹³ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008, p. 733.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 42-43.

E arremata:

A afirmação dos estudiosos de Teoria Geral do Direito e do Processo de que os princípios desenvolvem apenas as funções acima é parcial. Em verdade, além destas funções relacionadas às normas, os princípios desenvolvem também a função mais importante de qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontando o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio. De forma que a mais essencial função dos princípios é qualificar a realidade, ou seja, é valorar a realidade, é atribuir-lhe um valor, a indicar ao intérprete ou ao legislador que a realidade deve ser tratada normativamente de acordo com o valor que princípio lhe confere. Isso significa que as funções dos princípios, em relação às normas jurídicas, são uma derivação lógica de sua função essencial de qualificação da realidade. Ou seja, os princípios tem função de fundamentação das normas justamente porque elas não podem contrariar o valor por eles proclamado; tem função de guia interpretativo justamente porque as normas devem ser interpretadas em harmonia com os valores neles consagrado; finalmente, tem função supletiva porque a norma do caso concreto deve ser formulada em atenção aos valores neles fixados.¹⁵

Os princípios, desta feita, como se detrai de todas as lições trazidas, exercem primazia sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, sendo de imprescindível aplicação tanto nos casos de criação legislativa como nos de interpretação judicial. Isto é, devem ser observados quando da atividade legislativa de criação normativa, servindo de norte ao legislador e impedindo-o de suplantar determinados direitos, bem como quando da atividade jurisdicional de interpretação legal, oportunidade em que os aplicadores do direito terão sempre em mente os valores e ditames dos princípios imperantes no Direito nacional.

A bem da verdade, os princípios se prestam a oferecer aos cidadãos, para os quais são dirigidas diretamente boa parte das normas jurídicas, garantias de que determinados direitos nunca serão suprimidos por meio de criação de leis posteriores. O Estado, desta forma, resta limitado a não tentar restringir, modificar ou excluir do ordenamento jurídico certas garantias ofertadas, pelos princípios, aos cidadãos.

Dito isto, se porventura o legislador cedesse às pressões midiáticas e populares, estas influenciadas por aquelas, e redigisse lei que possibilitasse a aplicação de pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e/ou cruéis, não teria validade alguma, vez que feriria frontalmente o princípio da limitação das penas, fulcrado no art. 5º, XLVII, de nossa Carta Magna, devendo ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário a fim de se afastar a sua aplicação.

Enfim, é clarividente que os princípios estão no topo do ordenamento jurídico, devendo as demais normas emprestar-lhes observância e obediência plenas, sob pena de invalidez/inconstitucionalidade.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 43.

A seguir, iremos estudar os princípios do Direito Penal relacionados com a visão minimalista deste ramo jurídico, inclusive, mais além, aquele que é objeto desta monografia, o princípio da insignificância.

2.2. Princípio da Intervenção Mínima

Alguns princípios devem ser considerados ao tempo da criação/revogação da norma penal, outros servem de auxílio na interpretação da regra jurídica já positivada, enquanto que, dentre esses, ainda há os que se prestam às duas coisas. Nesse diapasão, o princípio sob comento, bem como alguns mais que serão objeto de análise em tópicos subseqüentes, tem de ser vislumbrados no momento em que o legislador cria ou revoga um tipo penal, ao passo que o princípio da insignificância, por exemplo, como se verá mais adiante, deve ser levado em conta na hora da aplicação da lei penal.

O princípio da intervenção mínima tem por escopo principal estabelecer que somente os bens jurídicos mais importantes à sociedade é que merecem a proteção do Direito Penal que, por sua vez, deverá, em relação a eles, criar tipos penais incriminadores para guarnecê-los. O Direito Penal deve amparar apenas, sob seu âmbito, os bens jurídicos de maior valor social, que ocasionem prejuízos consideráveis à sociedade e/ou ao Estado.

Tal princípio deixa transparecer que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*. Em havendo outras formas de proteção do bem jurídico, não se imporá aquele ramo do Direito com o fim de defendê-lo.

Prevalece, como se detraí do exposto, o caráter subsidiário do Direito Penal, que, desta forma, só atuará quando os demais ramos jurídicos se mostrarem insuficientes para dar a guarida necessária e devida ao bem jurídico relevante passível de ataque.

Bittencourt, sobre o assunto, aduz que:

O *princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.¹⁶

Lição idêntica se extrai da obra de Fernando Capez, como, cristalinamente, se pode vislumbrar abaixo:

¹⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. I, p. 13.

Da intervenção mínima decorre, como corolário indescutível, a característica da subsidiariedade. Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (*ultima ratio*).¹⁷

Necessário salientar que a obediência ao referido princípio deve se dar tanto na oportunidade de criação legislativa como na de revogação de tipo penais.

Desta forma, quando o legislador for inovar o sistema penal através de uma nova previsão normativa, é seu dever assegurar-se de que aquele bem que será objeto de proteção é de relevante valor social, este suficiente para que o Direito Penal empreste toda a sua força e coação sem afetar a proporcionalidade em razão da sanção aplicável.

Na positivação do tipo de roubo, por exemplo, o legislador observou que o patrimônio é um bem jurídico tutelável, face a sua relevância perante a sociedade. Assim, determinou que para aquele que, com violência ou grave ameaça, subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem deverá ser condenado a cumprir pena de reclusão de quatro a dez anos, dependendo das circunstâncias de fato e dos antecedentes criminais do agente, que serão averiguados devidamente no curso processual.

Para o crime de homicídio, tipificado no art. 121 do Código Penal, cuja descrição legal do fato é ampla (“Matar alguém”), não foi outro o substrato legal, afinal, necessitava-se de proteção eficaz quando o bem jurídico a ser afetado pela conduta anti-social é a vida. Desta forma, restou prevista a sanção de reclusão de seis a vinte anos, sem se descurar de possível aplicação, se for o caso, das qualificadoras descritas nos parágrafos do mesmo artigo, o que elevaria ainda mais a pena do criminoso.

Outra é a visão para o caso de o sujeito que, inadvertidamente, encontrando seu desafeto, segura em sua camisa e dá-lhe um tapa leve no rosto, oportunidade em que deverá ser detido sob a acusação de *vias de fato*, contravenção penal tipificada no ordenamento jurídico pelo art. 21 do Decreto-Lei 3.688, de 1941, Lei de Contravenções Penais, onde está prescrita pena de prisão simples de quinze dias a três meses ou multa.

Percebe-se que, aqui, a conduta anti-social praticada pelo infrator continua a merecer tutela por parte do Direito Penal, todavia essa deve se mostrar mais moderada em relação às anteriormente colocadas, em observância a outro princípio que ainda está por se explanar, qual seja, o da proporcionalidade.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I, p. 19.

A pena por descumprimento de um contrato, por outro lado, não merece ser imposta pelo ramo penal do Direito, uma vez que a multa e as indenizações pecuniárias estabelecidas pelo ramo civil são perfeitamente adequadas e suficientes para inibir os contratantes a não romperem o pacto, não sendo preciso a atuação estrondosa do Direito Penal sob esse fato jurídico.

E, tal como antecipado, não é só na criação legal em que o princípio da intervenção mínima tem de ser vislumbrado. Igualmente, na hipótese de necessidade de revogação, ele também é de observância necessária pelo legislador.

A sociedade, com o tempo, vai mudando sua cultura e os seus costumes. É inevitável. Às vezes, as modificações ocorrem ao longo de séculos. Nada obsta, porém, de acontecerem também em apenas uma década. No Direito Penal não é diferente. O casamento, por exemplo, era bem jurídico penalmente tutelado, tanto é que havia um tipo penal específico para proteger a fidelidade no matrimônio, qual seja, o crime de adultério.

Todavia, a cultura mudou. O Código Penal é de 1940, e a traição e/ou adultério tornaram-se, infelizmente, relativamente comuns no seio social. Além disso, a pena que previa de quinze dias a seis meses era incapaz de sancionar efetivamente o cônjuge adúltero. Fato é que o tipo penal passou anos a fio sem que tivesse alguma aplicabilidade.

Assim, ante a superveniência da desvalorização do bem jurídico protegido e, outrossim, a eficácia maior de tutela por outros ramos do direito, faz-se necessário a descriminalização da conduta, retirando-a do ordenamento jurídico penal.

Desta forma, tem-se, *in casu*, que o adultério perdeu seu valor como bem jurídico amparado pelo Direito Penal e que o Direito Civil se mostrou como mais adequado à proteção do casamento. Veio, então, a Lei nº 11.106/05 que revogou o tipo penal do adultério. A partir de então, em acontecendo uma traição, o cônjuge prejudicado poderá ingressar na vias ordinárias do Poder Judiciário para pleitear indenização por dano moral, sanção muito mais eficaz, na prática, do que a de prisão que outrora se aplicava.

O princípio da intervenção mínima atua, portanto, como forma de garantir que o Direito Penal só irá intervir se o bem jurídico a ser por ele guardado for de relevância social. Caso contrário, deverá deixar o campo aberto para a proteção destes bens por outros ramos do Direito, tais como o civil e o administrativo.

Outro não é o pensamento de Cezar Roberto Bittencourt, quando este aduz que:

Resumindo, antes de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem

insuficientes à tutela de determinado bem jurídico justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social¹⁸

Este princípio está em plena consonância com os ditames do Direito Penal Mínimo, impedindo que condutas de pouca importância restem inseridas indevidamente no âmbito de proteção exacerbado exercido pelo Direito Penal e fazendo atuar, efetivamente, este ramo do Direito, com todo o seu poder coercitivo, sem, contudo, ferir os direitos e garantias individuais, para tutelar os bens jurídicos de grande relevância para a sociedade e para o Estado.

2.3. Princípio da Fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade é corolário lógico do princípio da intervenção mínima, visto a pouco, e com ele muitas vezes se confunde. A fragmentariedade decorre da idéia de que apenas parcela dos bens jurídicos que, de alguma forma, merecem proteção, tem esta feita pelo Direito Penal. Somente a parte mais relevante dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito tem guarida pelo ramo penal, devendo os demais ramos do direito se ocuparem dos outros bens de menor importância social.

O sistema penal não deve ser exaustivo quanto à proteção dos bens jurídicos, posto que existem bens plenamente assegurados com o amparo de outros ramos jurídicos, dos quais são exemplos o civil, o administrativo e o tributário. O Direito Penal tem de se preocupar apenas com aqueles que são de maior valia para a sociedade. Diz-se ser isso a sua natureza fragmentária.

Fernando Capez, quando da análise conjunta dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, ressalta, poeticamente, que:

A intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal. Este se apresenta por meio de pequenos *flashes*, que são pontos de luz na escuridão do universo. Trata-se de um gigantesco oceano de irrelevância, pontado por ilhas de tipicidade, enquanto o crime é um naufrago à deriva, procurando uma porção de terra na qual se possa chegar.¹⁹

Toda essa inspiração parece advir de Luiz Régis Prado, o qual, em comentário expendido sobre a questão do princípio da fragmentariedade, sinteticamente, afirmou que “esse princípio impõe que o Direito Penal continue a se um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”²⁰.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 14.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 17.

²⁰ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Vol. I, p. 120.

Deve-se ter em mente que há de se considerar tanto o valor do bem jurídico em si como a gravidade da conduta que o ofende. Assim é que a vida sempre será objeto de proteção penal, posto que, de toda forma, ela tem valor jurídico e social relevante, e qualquer ofensa, ou até mesmo a mera tentativa de afetação, será conduta ilícita a ser reprovada através de sanção penal.

Entretantes, o mesmo não se pode afirmar sobre o patrimônio. Este é protegido pelo Direito Penal, mas não é toda e qualquer ofensa a este bem jurídico que ensejará a atuação penal, mas somente aquelas que se apresentam com maior repúdio social, como seqüestro e como com violência ou grave ameaça, exemplificativamente. Outras maneiras, não agressivas, de se prejudicar o patrimônio de alguém são eficazmente amparáveis pelos ramos não-penais do Direito nacional.

Cezar Roberto Bittencourt, doutrinador da modernidade, nos faz valer novamente de seus ensinamentos para clarificar o que foi explanado até aqui sobre o princípio da fragmentariedade:

O Direito Penal – já afirmava Bilding – não constitui um ‘sistema exaustivo’ de proteção de bens jurídicos, de sorte a abranger todos os bens que constituem o universo de bens do indivíduo, mas representa um ‘sistema descontínuo’ de seleção de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídico-penal. O *caráter fragmentário* do Direito Penal – segundo Muñoz Conde – apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como a homossexualidade e a mentira.

Resumindo, ‘caráter fragmentário’ do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.²¹

Greco, outrossim, reportando-se ao momento em que a norma é editada e inserta no ordenamento jurídico, analisa-a sob a visão da fragmentariedade do Direito Penal, nos moldes abaixo reproduzidos:

Uma vez criada a infração penal, ela fará parte do pequeno acervo pertencente ao Direito Penal, demonstrando-se, assim, a sua *natureza fragmentária*, no sentido de que o Direito Penal não interessa a proteção de todos os bens, a proibição de todos os comportamentos, mas sim daqueles de maior importância para a sociedade. Por meio da fragmentariedade, percebe-se que o Direito Penal não se ocupa com o todo, mas sim com a parte mais importante.²²

Enfim, o princípio em comento é outro de inevitável aplicação para o Direito Penal Mínimo pelas mesmas razões expostas em relação ao princípio da intervenção mínima, quais sejam, inibe a atuação desproporcional do Direito Penal a fim de eventual proteção de

²¹ *Op. cit.*, p. 15.

²² GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 4. Ed., revista, atualizada e ampliada. Niterói: Impetus, 2009, p. 26.

bem jurídico de ínfimo valor e, por outro lado, garante a sua ação, se necessário for, à tutela de bem relevante.

2.4. Princípio da Lesividade

Pelo princípio da lesividade, tem-se que o Direito Penal só pode sancionar condutas que acabem por afetar bens jurídicos de terceiros. Se determinado comportamento, por mais reprovável que seja, não ofender bens outros que não os do próprio agente causador do dano, não há espaço para atuação penal sancionatória.

Além do mais, se o “crime” ainda estiver no âmbito das idéias, e se, por fim, aí permanecer, não resolvendo o autor adentrar nos atos executórios, igualmente, não restará motivo para aplicação de punição penal. É o chamado princípio do fato, que, às impressões de Luiz Flávio Gomes, “não permite que o direito penal se ocupe das intenções e pensamentos das pessoas, do seu modo de viver ou de pensar, das suas atitudes internas (enquanto não exteriorizada a conduta delitiva)”²³.

Mencionado princípio remonta às bases do Iluminismo, quando foi idealizado, principalmente, como meio de impedir que a Igreja Católica punisse os indivíduos em razão de seus pensamentos e idéias, como, aliás, costumava fazer na época da Santa Inquisição. Naqueles tempos, todos aqueles que contrários à ideologia apregoada pela igreja eram considerados hereges e, como tais, sujeitos estavam à punição em virtude de seus “comportamentos”, não sendo necessário nem ao menos a exteriorização pública das contrariedades.

A atuação penal pressupõe uma lesão efetiva a um determinado bem jurídico de relevante valor social. Sem isso, deve ser afastada qualquer hipótese de existência de infração penal.

Pode-se aprender um pouco mais sobre lesividade através da citação do livro de Rogério Greco, que, por sua vez, lançou mão dos pensamentos do estudioso Nilo Batista, abaixo reproduzida:

- O princípio da lesividade, cuja origem se atribui ao período iluminista, que através da secularização procurou desfazer a confusão que havia entre o direito e a moral, possui, no escólio de Nilo Batista, quatro principais funções, a saber:
- a) proibir a incriminação de uma atitude interna;
 - b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
 - c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;

²³ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.²⁴

Assim, Nilo Batista enumerou praticamente todas as situações em que o Direito Penal está impedido de atuar sob pena de seu malferimento.

Primeiramente, estabeleceu que o sistema penal não pode intentar punir um indivíduo por aquilo que ele pense ou que deseje, por mais anti-social e antijurídico que seja. Se não houver uma exteriorização que realmente acarrete lesão a bem jurídico, não é possível falar-se em sanção.

Ademais, é imprescindível que o comportamento externo do agente, ainda, afete bens jurídicos de terceiros. Se a ação atingir, porventura, apenas bem jurídico do próprio indivíduo que a praticou, não deverá o Direito Penal ser acionado para fins de protegê-lo. Não faz sentido dar proteção penal aos bens de uma determinada pessoa contra as condutas dela mesma.

Fulcrados no ideal deste princípio é que alguns juristas questionam a continuidade da previsão típica do uso de drogas, uma vez que o usuário, se permanecer apenas no âmbito do consumo, não está ofendendo bem jurídico de terceiro. Desta forma, de acordo com os ditames do Direito Penal Mínimo e, conseqüentemente, do princípio da lesividade, o art. 28 da Lei nº 11.343/06, segundo eles, deveria ser revogado do ordenamento jurídico penal.

Nilo Batista, sobre a não-atuação do sistema penal quando não houver agressão a bem jurídico de terceiro, leciona que:

O mesmo fundamento veda a punibilidade da *autolesão*, ou seja, a conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico não ultrapassa o âmbito do próprio autor, como exemplo o suicídio, a automutilação e o uso de drogas.²⁵

No mais, tal princípio visa interferir também em eventual atuação do Direito Penal se este pretender punir o agente em virtude daquilo que ele é. O intuito é objetar a incidência do sistema penal para sancionar um indivíduo em razão de sua nacionalidade, classe social, ideologia política ou por qualquer outro motivo de natureza pessoal. O princípio da lesividade age, desta forma, no intento de afastar a possibilidade de ter-se a criação de um Direito Penal do Autor ou de um Direito Penal do Inimigo. A punição incidirá sobre o agente em razão do fato ilícito que ele cometeu e não pela pessoa que é.

Finalmente, a lesividade deve ser observada no que concerne a todas as condutas tipificadas, sem exceções. Assim, de acordo com o princípio em tela, não há de se falar em incriminação de condutas, mesmo que associadas, que efetivamente não ofendam bem jurídico algum.

²⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 5. Ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Vol. I, p. 54.

²⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 92-93.

Surge, então, mais um impasse, este no que tange aos “delitos de perigo abstrato”, que são aqueles os quais efetivamente não agridem diretamente ou indiretamente bens jurídicos de terceiros, apenas havendo a mera possibilidade de ofensa. De acordo com os defensores do Direito Penal Mínimo, esses crimes não devem restar como tais no Direito Penal brasileiro, posto que em dissonância com o princípio da lesividade.

Comungando do acima esposado, Greco também afirma que:

A mera presunção de que certas condutas podem afetar a terceiros não basta para legitimar a ingerência punitiva se essa afetação não se produz realmente no caso concreto. Do mesmo modo, as contravenções penais de vadiagem, mendicância, embriaguez e, ainda, o que se tem mais discutido ultimamente, o crime previsto n art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que prevê o consumo de drogas.²⁶

Impende salientar que o princípio em comento, observável, por óbvio, no momento da criação legislativa, também deve ser objeto de análise do legislador quando, mesmo já estando a norma típica no ordenamento jurídico, deixar de, efetivamente, proteger bem jurídico relevante de outrem.

Pode-se vislumbrar, portanto, que o princípio da lesividade, bem como os anteriormente explanados, também é direcionado ao legislador, em sua atividade típica legiferante, tanto no tangente a criação de tipos penais como para revogação destes.

Todos eles trazem em si a idéia do Direito Penal Mínimo, uma vez que objetivam limitar o poder punitivo estatal pregando a não-tipificação das condutas que prejudiquem bens jurídicos de pouco valor para a sociedade.

2.5. Princípio da Adequação Social

Pelo princípio da adequação social, tem-se que o legislador penal, além de escolher apenas os bens jurídicos relevantes e as condutas efetivamente lesivas, deverá afastar da incidência da norma tipificadora os comportamentos arraigados pela sociedade. O Direito Penal não atua, assim, regulando os fatos concretos que já são perfeitamente tolerados no seio social.

Fernando Capez defendeu a aplicação deste princípio aduzindo que “todo comportamento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afrontar o sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo) não pode ser considerado criminoso”.²⁷

²⁶ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 4. Ed., revista, atualizada e ampliada. Niterói: Impetus, 2009, p. 79.

²⁷ *Op. cit.*, p. 16.

Isto se dá em razão de ser impossível o controle social forçado do Direito Penal. Se determinada norma estipula que uma conduta “x”, aceita pela coletividade e praticada com freqüência pelos seus integrantes, constitui crime sujeito a sanção penal, ela perde totalmente a sua razão de ser, uma vez que o Direito, como se sabe, é que deve acompanhar a sociedade, não o contrário.

Bittencourt analisa que:

O tipo penal implica uma *seleção de comportamentos* e, ao mesmo tempo, uma *valoração* (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado. Por isso, segundo Stratenwerth, ‘é incompatível criminalizar uma conduta só porque se opõe à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento’. A *tipicidade* de um comportamento proibido é enriquecida pelo *desvalor da ação* e pelo *desvalor do resultado* lesando efetivamente o bem jurídico protegido, constituindo que se chama de *tipicidade material*. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao *socialmente permitido* ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.²⁸

A cultura é algo tão forte dentro de uma nação que nem mesmo o Direito Penal é capaz de alterá-la, e nem é esse, diga-se de passagem, o intento de sua existência. O ramo criminal do Direito existe no sentido de conferir maior segurança social entre os membros da coletividade, e não para modificar seus gostos e costumes.

Assim, o princípio da adequação social atua em relação ao legislador, impedindo-o de positivar uma lei penal incriminadora de uma conduta socialmente adequada. Se porventura o fizesse, estaria, na verdade, instigando a sociedade ao cometimento dos delitos nela previstos, vez que as novas condutas ilícitas não deixariam de ser praticadas pelos cidadãos, posto que estivessem acostumados a elas.

Aduz-se, outrossim, que o referido princípio, tal como o exposto acerca dos outrora analisados, deve ser de observância obrigatória no ato da criação do tipo penal incriminador e no de necessária revogação de norma jurídica já existente.

Desta feita, quando o legislativo optar por proibir determinado comportamento, também deve averiguar a adequação social deste, ou seja, vislumbrar se a conduta a ser reprimida já não é de prática freqüente e amplamente aceita pelos membros da sociedade, sob pena de ofensa do princípio sobre o qual ora se versa.

Se o legislador, por exemplo, intentasse impedir que os brasileiros saíssem em público sem camisa, tal regra, desde sua nascença, ou estaria fadada à nulidade prematura ou apenaria uma quantidade talvez imensurável de cidadãos, pois o não uso de camisa,

²⁸ *Op. cit.*, p. 19.

principalmente em locais pontuais como praças e praias, sem prejuízo de outros, é natural à cultura nacional, não podendo, de forma alguma, sofrer restrições como a exemplificada.

Por outro lado, quando se verificar que certo comportamento, inadequado na oportunidade de criação da regra típica, deixar de o ser em razão da evolução cultural da sociedade, devido à sua assimilação por parte desta, deverá aquela ser objeto de revogação do ordenamento jurídico criminal.

Isso era o que já deveria ter ocorrido com a norma da contravenção penal conhecida por “jogo do bicho”, sem prejuízo da análise anterior de sua exclusão em razão do princípio da intervenção mínima. É prática inserta no meio social e que, por isso mesmo, já deveria referido regramento impeditivo ter sido excluído do Direito Penal. O Estado deveria se ocupar em impedir, isto sim, que esta atividade fosse controlada por traficantes ou outros criminosos, que é o que se observa na realidade.

A interpretação conforme o princípio da adequação, por sua vez, deve ser procedida quando se está diante de delitos de tipo aberto. Isto é, por exemplo, ao se deparar com expressões referentes aos crimes contra os costumes, como “ato obsceno”, “objeto obsceno” e “lascívia”, deve-se verificar, no caso concreto, se a conduta se enquadra ou não no tipo de acordo com o ato efetivamente praticado e da cultura e costumes do momento da aplicação da norma. Decerto, o intuito proibitivo do legislador penalista originário alcançaria muito mais comportamentos do que atualmente se deve considerar.

Este, portanto, é outro princípio que traduz a idéia do Direito Penal Mínimo, posto que almeja diminuir a ação legislativa penal estatal em prol dos costumes e culturas sociais já arraigados.

Convém, por oportuno, fazer uma digressão aos princípios até aqui comentados, uma vez que todos são relativos ao momento de criação e de revogação de normas penais típicas, ao passo que nalguns ainda é possível emprestar uma tarefa de auxílio na interpretação das figuras típicas.

Primeiramente, na criação legiferante, em razão do que até agora foi explicitado, o legislador tem de possuir uma ótica minimalista, ou seja, de vislumbrar sempre que o Direito Penal só deve atuar na proteção de bens jurídicos relevantes, relegando aos demais ramos do Direito (administrativo, civil ou tributário) os outros bens de menor valia.

O ramo penal do ordenamento jurídico garante apenas parcela dos bens jurídicos da sociedade, os mais importantes para ela, enquanto que os bens jurídicos remanescentes devem buscar métodos extrapenais de proteção. São os ideais apregoados pelos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

Superada essa fase, deve-se averiguar se a conduta a ser descrita realmente ofende bem jurídico de terceiros. Ao se prejudicar somente bens jurídicos do próprio agente, ou se não houver prejuízo algum, não deve haver tutela por parte do Direito Penal, tudo em consonância com o princípio da lesividade.

Numa última fase de estudo, observa-se se a conduta sobre a qual há pretensão de inibição é adequada socialmente. Se o comportamento for aceito e tolerado pela sociedade, não existe motivo para sua tipificação penal, de acordo com o princípio da adequação social neste tópico explanado.

Rogério Greco comunga do pensamento acima esposado, na medida em que leciona, sucintamente, que “uma vez escolhido o bem, valorado anteriormente como importante, concluído que o comportamento que o ataca é lesivo e inadequado socialmente, abre-se a possibilidade de criminalização da conduta.”²⁹

A revogação das normais penais existentes no ordenamento, por sua vez, deve se dar sempre que for constatada a ofensa a quaisquer dos princípios citados acima, sob pena de ilegalidade ou de inconstitucionalidade da regra pertinente.

Ademais, ainda na hipótese de norma de Direito Penal pré-existente, é possível a utilização destes princípios com o fito de auxiliar na sua interpretação quando da aplicação ao caso *sub judice*.

Dito isto, é perceptível que a criação da regra jurídica incriminadora deve passar pelo crivo de todos esses princípios. Em se verificando que está em desacordo com quaisquer deles, não subsistirá a normatização pretendida. Ou seja, de acordo com o visto a pouco, mesmo que a conduta ataque bem jurídico relevante de terceiro, se, eventualmente, for tida como socialmente adequada, não há substrato para a sua proibição. Para a efetiva validade da norma, portanto, é necessário que atenda a todos os princípios minimalistas trabalhados até aqui neste capítulo, cumulativamente.

Na hipótese de revogação, todavia, basta a contrariedade a apenas um dos princípios para que seja suficiente a necessidade de revogação da norma penal tipificadora da conduta a qual se está estudando. Assim é que, se houver embate com qualquer princípio acima relacionado, é preciso revogar a regra jurídica, posto que não restará fundamento de validade para sua subsistência sob o prisma principiológico.

2.6. Princípio da Proporcionalidade

²⁹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 4. Ed., revista, atualizada e ampliada. Niterói: Impetus, 2009, p. 26.

A proporcionalidade da pena em relação ao fato delitivo efetivamente cometido pelo agente é outro pressuposto da teoria do Direito Penal Mínimo. A pena, segundo tal princípio, deve ser aquela estritamente necessária para a punição da conduta praticada, de tal forma que para os comportamentos mais graves as penas deverão ser mais severas, e para os menos ofensivos, mais brandas.

O que se almeja é impedir que o Direito Penal sirva de instrumento ao terror social. Que seja desculpa para encarcerar por longo tempo os “inimigos” da sociedade mesmo que por condutas infracionais leves, fazendo clara alusão ao Direito Penal do Inimigo. A pena tem de ser a suficiente à repreensão do delito cometido, nem mais, nem menos.

Fábio Roque da Silva Araújo, professor da Universidade Federal da Bahia – UFBA, em artigo, aduz que:

A proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que, ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.³⁰

No ver de Luiz Régis Prado, para que se chegue o mais próximo possível da proporcionalidade, tem esta de ser vislumbrada sob a ótica de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Veja-se:

Considerando-se as três vertentes ou subprincípios da proporcionalidade *lato sensu* (adequação social ou idoneidade; necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito), pode-se afirmar que uma medida razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam as desvantagens.³¹

Nesse diapasão, tem-se que a penalização pelo crime de homicídio deve ser maior do que a de lesão corporal grave que, por sua vez, tem de ser maior que a de injúria, e assim por diante. Da mesma forma, é sabido que o latrocínio deve ser punido mais veementemente do que o roubo, e este em relação ao furto também merece maior reprimenda em virtude de maior lesão a bens jurídicos da vítima.

A idéia de proporcionalidade surgiu já na Roma Antiga, época em que, vigente o Código de Hamurabi, a regra era a famosa “olho por olho e dente por dente”. De lá para cá, costuma-se observar a proporcionalidade de acordo com a classe social do indivíduo agressor. É certo, porém, que após o Iluminismo houve uma evolução considerável no conceito de

³⁰ ARAÚJO, Flávio Roque da Silva. *O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir*. Revista dos Tribunais, v. 882, ano 98, abril de 2009, p. 355.

³¹ *Op. cit.*, p. 121.

igualdade, mas não a ponto de dirimir as injustiças sociais por vezes perpetradas através do Direito Penal.

A proporcionalidade é observável em dois momentos distintos: na criação e na aplicação da norma jurídica. Primeiramente, já na cominação da pena em abstrato, deve o legislador valorar a conduta do agente e/ou o bem jurídico afetado por ela para obter a medida da pena estritamente necessária e suficiente à sanção respectiva. Ou seja, de logo, na estipulação normativa da pena aplicável, é preciso haver uma mensuração valorativa do objeto de proteção da norma a fim de que esta venha a estabelecer uma sanção adequada.

É por isso que a pena para o homicídio é maior que a do furto. No momento da elaboração legal originária, vislumbrou-se que a vida, bem jurídico mais importante de todo o Direito, merece mais atenção do que o patrimônio. O resultado foi de seis a vinte anos para aquele e de um a quatro para este.

Decerto, muitas vezes, não há como se mensurar uma precisa proporcionalidade entre a conduta e a sanção, principalmente quando se procede a uma análise comparativa das afetações prejudiciais a diferentes bens jurídicos. Por exemplo, será que os crimes contra o patrimônio particular devem ser punidos mais severamente, mais brandamente, ou de forma semelhante aos crimes contra a Administração Pública, tais como peculato, corrupção e concussão? Alguns crimes ambientais são punidos mais gravemente do que crimes contra a vida, será que há proporcionalidade nisso?

A exata proporcionalidade, como se observa, é impossível. Tal princípio busca ofertar ao tipo penal a máxima possível, tendo em vista o senso de justiça extraído pelo legislador do estudo dos bens jurídicos sob amparo.

Greco, com a clareza que lhe é inerente, explicita que:

Prima facie, deverá o legislador ponderar a importância do bem jurídico atacado pelo comportamento do agente para, em um raciocínio seguinte, tenta encontrar a pena que possua efeito dissuasório, isto é, que seja capaz de inibir a prática daquela conduta ofensiva. Após, o raciocínio correspondente à importância do bem jurídico-penal, que deverá merecer a proteção por meio de uma pena que, mesmo imperfeita, seja a mais proporcional possível, no sentido de dissuadir aqueles que pretendem violar o ordenamento jurídico com ataques aos bens por ele protegidos, o legislador deverá proceder a um estudo comparativo entre as figuras típicas, para que, mais uma vez, seja realizado o raciocínio da proporcionalidade sob um enfoque de comparação entre os diversos tipos que protegem bens jurídicos diferentes.³²

A outra oportunidade de aplicação do princípio da proporcionalidade é quando da cominação em concreto da pena imposta pelo tipo penal. O juiz, então, ao se deparar com

³² GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 4. Ed., revista, atualizada e ampliada. Niterói: Impetus, 2009, p. 97-98.

um caso concreto, deve sancionar o infrator nos moldes da gravidade da conduta por ele efetivamente praticada, vislumbrando-se, ainda, as circunstâncias que rodearam o fato.

É por isso mesmo que não há uma estipulação definitiva da pena na regra jurídica penal tipificadora. Sempre deixa, o legislador, espaço para a interpretação jurisdicional, pois a pena em abstrato é positivada em um mínimo e em um máximo, podendo o magistrado atuar dentro desses limites na medida de sua percepção do fato.

Assim, como o visto, o princípio da proporcionalidade pode, e deve, por necessário, ser vislumbrado em dois momentos, quais sejam, o da criação da norma penal e sua conseqüente previsão de sanção, e da cominação da pena ao criminoso pelo juiz em relação ao delito concreto de que foi autor.

Esta segunda vertente de proporcionalidade apregoada pelo princípio que recebe o mesmo nome do objetivo vem insculpida no ordenamento jurídico penal pátrio por meio do Capítulo III, da Seção III, Título V do Código Penal, que versa especificamente sobre a aplicação da pena.

O *caput* do art. 59 do CP, desta forma, juntamente com seus incisos, estabelece a forma de mensuração da pena por parte do julgador, dando uma idéia do que deve ser levado em consideração na hora da cominação desta, senão veja-se, *in litteris*, a regra penal mencionada:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.³³

No mais, os demais artigos do capítulo do sistema normativo-penal citado igualmente estabelecem parâmetros que auxiliam o magistrado no momento da estipulação da pena cabível, tais como circunstâncias agravantes e atenuantes, concursos material e formal de crimes, dentre outras.

É sabido que as funções da pena são, como esclarece o próprio artigo legal transcrito a pouco, de reprovação e de prevenção de crimes. Assim, a pena aplicável tem de alcançar esses seus objetivos da maneira menos drástica possível ao acusado, respeitando-se, com isto, o princípio da dignidade da pessoa humana, que será visto mais adiante no decorrer deste capítulo.

³³ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008, p. 365.

Ademais, observe-se, por oportuno, que o norte do princípio da proporcionalidade encontra-se nas expressões necessária e suficiente, igualmente contidas no regramento *supra* reproduzido.

A pena tem de ser necessária no sentido de imprescindível à sanção do comportamento que se pretende com ela reprimir. Decorre da idéia da intervenção mínima, devidamente comentada em seu tempo. O Direito Penal só deve se ocupar das condutas e dos bens jurídicos mais relevantes, relegando aos outros ramos do direito a proteção dos demais. Desta forma é que a pena cominada no tipo penal já se prenuncia necessária à sanção do comportamento desviado, uma vez que, ao menos em teoria, já passou pelo crivo do princípio da intervenção mínima.

Outrossim, a pena deve ser a suficiente para o alcance dos objetivos enunciados. Suficiente não no sentido de que é preciso estabelecê-la, pelo menos, de um patamar para cima. Suficiente, endenta-se, como sendo o estritamente proporcional. A pena merecida em razão da conduta é aquela determinada, não se pune nem a mais nem a menos. O ideal é, na verdade, estabelecer um parâmetro máximo a fim de impedir uma sanção exacerbada, e um mínimo, no intuito de a conduta delinqüente não restar impune.

Das lições de Cezar Roberto Bittencourt pode-se entender melhor parte do que foi dito até aqui sobre proporcionalidade:

Em matéria penal, mais especificamente, segundo Hassemer, a exigência de *proporcionalidade* deve ser determinada mediante 'um juízo de ponderação entre a carga 'coativa' da pena e o fim perseguido pela cominação penal'. Com efeito, pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio – *abstrato* (legislador) e *concreto* (judicial) – entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada. Ainda segundo a doutrina de Hassemer, o princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão 'uma concordância material entre ação e reação, causa e conseqüência jurídico penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos em medidas jurídicas desproporcionais.³⁴

A relevância do ideal de proporcionalidade para a legitimidade do Direito Penal restou amplamente demonstrada. Não há como um ordenamento jurídico penal pretender ser justo sem que preveja punição proporcional à gravidade da conduta infracional e/ou ao bem jurídico por ela afetada.

Além disso, mencionado princípio é parte integrante fundamental da tese minimalista, isto porque, conjugado com os demais, forma um sistema penal condizente com o princípio-mor do próprio Direito Criminal, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, a ser comentado em seguida.

³⁴ *Op. cit.*, p. 26-27.

2.7. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é intrínseca ao próprio homem. Como princípio de maior importância à matéria penal, é aplicável a qualquer um que se apresente na qualidade de ser humano, não tendo relevância a questão de classe social, idade, personalidade, sexo, orientação política ou religiosa, cor da pele ou nacionalidade, tampouco faz diferença o grau de gravidade da conduta delitativa praticada.

O simples fato de ser pessoa o faz detentor de determinados direitos que devem ser respeitados pelo Estado e, inclusive, até garantidos por este, em face de quem quer que pretenda ofendê-los.

Prado, uma vez mais, traz lição esclarecedora sobre o assunto:

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como *pessoa*, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. Verifica-se, assim, 'um deslocamento do Direito do plano do Estado para indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade.³⁵

É fato, contudo, que apesar de ser reconhecido quase que unanimemente como princípio universal, sua forma e atuação são diferenciadas de acordo com a cultura de cada povo ou nação. A depender do lugar onde o indivíduo é residente, a dignidade da pessoa humana estará sendo agredida ou não com determinado comportamento estatal preventivo/repressor. Assim é que, se no Brasil a pena de morte está dissociada do ideal constitucional de dignidade da pessoa humana, em alguns estados dos EUA está ela em perfeita consonância com seu Direito Penal e a com sua constituição.

A rigor, por conseguinte, não se deve adentrar no mérito da dignidade da pessoa humana de um Estado soberano em relação a outro. As diversas convenções sociais e culturais não permitem tal tipo de comparação, pois, na grande maioria das vezes, o costume é algo extremamente arraigado à sociedade.

Contudo, malgrado se deva ter em mente que a dignidade da pessoa humana é delimitada pela cultura, não se olvidando, em um primeiro plano, intervenção ou juízo de valor sedimentado acerca de comportamentos adotados noutras civilizações culturais, de diferentes regiões ou épocas, é preciso sempre ter em vista, que os abusos devem ser evitados e até mesmo, se realmente perpetrados, combatidos, tais como nazismo e escravidão, indubitavelmente atentatórios ao referido princípio.

³⁵ *Op. cit.*, p. 115.

Com nascedouro no Cristianismo, o pensamento da dignidade da pessoa humana tem vivido entre altos e baixos ao longo da História. Saltando-se o período negro da Idade Média, no qual se vislumbrou a malsinada “Santa Inquisição”, passar-se-á, de pronto, à era moderna, quando a dignidade da pessoa humana, enfim, teve momentos de grande relevo no cenário mundial.

Sua primeira percepção mais acentuada ocorreu em 1789, com a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de cujo preâmbulo isto já se podia detrair. Vejamos:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam, por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundados em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e da felicidade geral.³⁶

Com o crescimento do ideal nazista veio, momentaneamente, a derrocada dos valores humanos. O mundo assistiu horrorizado as atrocidades cometidas por Adolf Hitler e seus capangas contra os integrantes das classes sociais menos favorecidas, eleitas “inimigas” e contra os judeus, estes escolhidos por motivos puramente políticos e econômicos pelo movimento.

Todavia, toda essa ofensa real à dignidade da pessoa humana só fez instigar o crescimento dos ditames deste princípio no espírito da sociedade. Desta forma, findada a Segunda Guerra Mundial e derrotado o nazismo, ressurgiu o princípio da dignidade da pessoa humana como uma fênix.

Mais forte do que antes da agressão alemã, foi o principal tema tratado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, elaborada no período pós-guerra e que, pelo menos em tese, continua a nortear os ordenamentos jurídicos globais. A seguir, reproduz-se trecho da referida declaração:

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e

³⁶ Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html. Acesso em: 10.05.2009.

efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.³⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como não poderia deixar de ser, insculpiu, logo em seu artigo exordial, a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. É preemptório o texto constitucional respectivo:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.³⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil, então, é norma de *status* constitucional, devendo, portanto, ser modelo de orientação de todo o ordenamento jurídico, tanto no que concerne ao Direito Penal como aos demais ramos do Direito. Todas as normas infraconstitucionais, atos administrativos e, até mesmo, emendas à constituição deverão pautar-se de acordo com os ideais da dignidade humana, não podendo o artigo citado, inclusive, ser objeto de modificação que resulte em restrição ou exclusão dos fundamentos nos seus incisos estabelecidos, graças à garantia contida no inciso IV, § 4ª, do art. 60 do Texto Maior.

Mesmo assim, percebe-se que inúmeras ações e omissões estatais acarretam em ofensa à dignidade do homem. Assim é que, não há dúvida de que a falta de atendimento adequado nos hospitais e postos de saúde, a péssima qualidade do ensino público, a presença de moradores em áreas de risco, a escassez de comida e água em alguns estados, dentre outros fatores, são todos atentatórios aos valores mínimos de humanidade.

Especificamente em relação à matéria penal, vê-se agressão à dignidade humana na superlotação das penitenciárias e delegacias. Não persiste dúvida de que, ao se permitir que haja espancamentos, que presos tenham de revezar entre si, por falta de espaço, no que concerne à posição de dormir, entre sentados e deitados, que permaneçam privados de liberdade por semanas, meses ou até anos além do que as próprias penas estabeleçam, que haja erro quanto à pessoa do real criminoso, encarcerando-se inocentes, e etc., há lesão gravíssima ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao arrepio da disposição constitucional transcrita acima.

Ademais, discute-se a compatibilidade do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD com o princípio em tela, posto que, através deste, imputa-se ao preso, em virtude de sua

³⁷ Disponível em: <http://www.culturabrasil.pro.br/direitoshumanos.htm>. Acesso em: 10.05.2009.

³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008, p. 35.

periculosidade, uma forma de cumprimento de pena estritamente rigoroso, com supressão de vários direitos que um encarcerado sob o regime comum.

Bittencourt, em longo excerto, dá a exata noção da dignidade da pessoa humana em relação ao RDD, *in verbis*:

No entanto, o *regime disciplinar diferenciado* – prevendo isolamento celular de 360 dias, prorrogável por igual período – comina punição *cruel e desumana* e, portanto, inaplicável no Brasil. Na realidade, esse tipo de regime, que constitui verdadeira sanção criminal, promove a destruição moral, física e psicológica do preso, que, submetido a isolamento prolongado, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia e, a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos profundos e irreversíveis.

Com efeito, o *regime disciplinar diferenciado* – instituído pela Lei n. 10.792/2003 – viola o *objetivo ressocializador* do sentenciado, vigente na sociedade contemporânea desde o Iluminismo. A Lei de Execução Penal (LEP), já em seu primeiro artigo, destaca como objetivo do cumprimento da pena a *reintegração social* do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam o *castigo* e a *reintegração social*, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contrária à Constituição Federal.

Assim, o *regime disciplinar diferenciado* constitui o exemplo mais marcante e mais recente na legislação brasileira de *violação do princípio de humanidade da pena*, não passando de forma cruel e degradante de cumprimento de pena; representa, na verdade, autêntica vingança social, primado declarado da pena privativa de liberdade. Espera-se que os Tribunais superiores, na primeira oportunidade que tiverem, reconheçam a inconstitucionalidade desse diploma legal.³⁹

Interessante notar, desta forma, infelizmente, que nem a previsão constitucional expressa logo no artigo exordial impede o próprio Estado brasileiro de atentar contra a dignidade humana de seus cidadãos, uma vez que, tanto de uma forma, omissiva, como de outra, esta comissiva, acaba por desrespeitá-la, atuando, portanto, em clara e patente inconstitucionalidade.

Enfim, mesmo com todos os percalços pelos quais o princípio da dignidade da pessoa humana tem passado, vislumbra-se-o como uma das grandes vitórias dos homens na História a sua inserção no meio social, visto que garante a manutenção e o respeito dos valores humanos fundamentais por parte do Estado e da sociedade como um todo.

Possível, outrossim, detrair a sua relevância para o Direito Penal, pois todos os demais princípios são a ele relativos e dele devem retirar seu substrato. Ofendendo-se a proporcionalidade ou a intervenção mínima ou a lesividade, *e.g.*, indiretamente está-se a ferir a dignidade da pessoa humana.

Outro não é o pensamento de Luiz Régis Prado, quando, mais adiante ao texto que outrora se reproduziu, aduz que:

Observe-se, ainda, que a força normativa desse princípio supremo se esparge por toda a ordem jurídica e serve de alicerce aos demais princípios penais fundamentais. Desse modo, por exemplo, uma transgressão aos princípios da legalidade ou da

³⁹ *Op. cit.*, p. 17-18.

culpabilidade implicará também, em última instância, uma lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.⁴⁰

Imensurável, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana para a sustentação e a legitimação de qualquer ordenamento jurídico, mais notadamente o penal, posto que reflete integralmente a idéia de um Direito Penal social, ao contrário do que se observaria com o Direito Penal Máximo (ou do Inimigo), que afasta a incidência de tal princípio para fazer atuar todo o seu poder punitivo e repressor.

Está, assim, como se asseverou, o respeito à dignidade humana em total consonância com o ideal minimalista do Direito Penal, sendo garantidor dos direitos e prerrogativas dos cidadãos contra os abusos do Estado e da própria sociedade.

Conclui-se o presente capítulo explicitando que, realmente, o Direito Penal Mínimo, como se observou ao longo das análises dos seus princípios norteadores aqui procedida, é o que mais se aproxima de um Direito Penal justo, que se presta a solucionar os conflitos sociais da forma menos gravosa à sociedade, à vítima e ao próprio infrator.

No capítulo subsequente, dar-se-á continuidade à averiguação da teoria minimalista por meio de seus princípios, mas, lá, apenas no que concerne ao princípio da insignificância e sua aplicação prática, objeto principal desse estudo.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 115

3. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3.1. Natureza Jurídica do Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância, bem como os princípios analisados no capítulo anterior, é parte integrante e necessária à atuação de um Direito Penal mínimo, fazendo aqui clara alusão à corrente de mesmo nome vista inicialmente, ou seja, de um sistema penal que só imporá punição quando estritamente imprescindível para a continuidade do bem-estar social.

A necessidade de demonstração das “formas” do Direito Penal, tendo-se em conta que, naquela oportunidade, optou-se pela do Direito Penal Mínimo como aquela que aparenta ser a mais eficaz em relação aos reais objetivos da sociedade, e, subsequentemente, as explanações breves acerca de alguns dos princípios a ele relativos deram-se para melhor entendimento do estudo que se fará, a partir de então, sobre princípio da insignificância.

Vimos que, com o auxílio dos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da lesividade e da adequação social, o legislador deve, para ser legítima a proteção penal que pretende criar, verificar, *in casu*, se o bem jurídico possui relevância social, posto que o Direito Penal tem de se abster de tutelá-los quando outros ramos do direito o fizerem eficazmente, se ocupando, graças a isso, apenas da parcela mais importante deles, bem como averiguar se, em verdade, a conduta prejudicará esfera jurídica de terceiros, afora a ponderação da aceitabilidade/reprovabilidade do comportamento perpetrado.

Em etapa posterior, o princípio da proporcionalidade age no sentido de garantir que a conduta antijurídica, cujo tipo penal proibidor já passou pela peneira dos princípios elencados a pouco, seja punida de forma proporcional, como o nome mesmo já diz, ao valor do bem jurídico agredido.

Finalmente, o princípio da insignificância, como método interpretativo, deve ser considerado na oportunidade da análise do comportamento ilícito em concreto para fins de estudo da real necessidade de sanção ao agente, em razão do bem efetivamente afetado, sem se descuidar da observância do princípio-mãe da dignidade da pessoa humana em todas essas etapas.

Para melhor absorção, faz-se importante uma exemplificação. O patrimônio foi um dos bens jurídicos objetos de proteção penal escolhido pelo legislador. Decerto, o tipo penal de furto tutela o bem patrimonial surrupiado da vítima. Mas será que todo bem

pertencente ao patrimônio de alguém merece amparo por parte do Direito Penal, qualquer que seja o valor a ele atribuído?

Tendo em vista os princípios garantidores do Direito Penal Mínimo e a idéia por este apregoada, o “não” deve ser a resposta adequada à pergunta formulada. Contudo, pelo que se viu apenas no capítulo anterior, tal solução restaria insubsistente, posto que nenhum deles autoriza a ignorância por parte do julgador da prática de lesão, mesmo que irrisória, ao patrimônio de outrem .

Se um indivíduo, sorrateiramente, furta para si uma nota de dez reais do bolso de outro, segundo as medidas, mesmo que minimalistas, até então vislumbradas, outra não seria a consequência senão a condenação, dada, em tese, a autoria e a materialidade do delito, do agente por prática do crime capitulado no art. 155 do Código Penal.

Todavia, por outro lado, não há dúvida de que tal fato acarretaria numa atuação desproporcional e desarrazoada por parte do Estado, tendo em vista que a conduta real do delinqüente, em verdade, não faria face ao poder punitivo estatal.

Daí se extrai a razão de ser do princípio da insignificância. Se houver a constatação de que o bem jurídico concretamente afetado não for digno de proteção pelo Direito Penal, não haverá motivo para a ação deste. No caso em tela, indubitável que a cédula de dez reais furtada da vítima não fará jus à atuação rude e exacerbada, inerente ao sistema penal em si, do Estado. Para estas circunstâncias é que o princípio da insignificância deve ser tido como auxiliar à interpretação.

Vale salientar, desta forma, posto que seja o momento para isso, que mencionado princípio é auxiliar interpretativo de visualização obrigatória, por parte do magistrado nos casos concretos *sub judice*, sob pena de ofensa ao princípio genérico da dignidade da pessoa humana, não sendo, portanto, mera faculdade do julgador, mas direito do réu.

Deveras correto que tal princípio pode ser aplicado numa infinidade de tipos penais, mensurando-se o real valor do bem jurídico efetivamente agredido pela conduta ilegal tipificada. Por outro lado, é preciso ter em mente que há bens em que a incidência do princípio da insignificância estaria afastada por completo, tal como deve ocorrer nos delitos de natureza sexual e nos crimes contra a vida.

Sobre a idéia de necessidade de valoração do bem jurídico de fato agredido, para fins de constatação de sua eventual insignificância, da obrigatoriedade da observância do princípio da insignificância nos crimes em que cabível sua aplicação, e da sua inaplicabilidade em relação a determinadas condutas anti-sociais graves, vale-se da lição de Rogério Greco, quando este diz, *in verbis*, que:

Realmente, como já deixamos antever, o princípio da insignificância serve como instrumento de interpretação, a fim de que o exegeta leve a efeito uma correta ilação do tipo penal, dele retirando, de acordo com a visão minimalista, bens que, analisados no plano concreto, são considerados de importância inferior àquela exigida pelo tipo penal quando da sua proteção em abstrato.

Contudo, embora de utilização obrigatória em muitos casos, nem todos os tipos penais permitem o raciocínio da insignificância. Assim, por exemplo, não se discute que em sede de homicídio não se aplica o princípio. Por mais que, segundo a argumentação do autor do fato, a vítima não 'valesse nada', tal conclusão não permite a aplicação do princípio. Em outros fatos que, aparentemente se amoldariam à lei penal, o princípio é de aplicação obrigatória, a exemplo do que ocorre com os delitos de furto, dano, peculato, lesões corporais, consumo de drogas etc.⁴¹

A natureza jurídica do princípio da insignificância, ademais, é de causa excludente da própria tipicidade, pela constatação da falta de tipicidade conglobante à conduta praticada.

É sabido que o crime é formado por, necessariamente, fato típico, antijurídico e culpável, e que, no estudo da conduta concreta, estes elementos devem ser vislumbrados nessa ordem para a constatação da existência do delito. Assim é que, se for verificada a ausência de tipicidade do fato, não há necessidade de averiguação dos demais pressupostos do crime. Da mesma forma, se acaso for confirmada a tipicidade do comportamento perpetrado, o estudo findará se não houver ilicitude, ou, em havendo esta, reste, por qualquer motivo, não sendo considerada culpável.

Para a configuração da tipicidade do fato, ainda, deve-se observar os requisitos seguintes: conduta (dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva); resultado; nexos de causalidade; e tipicidade penal (legal e conglobante). Fazendo uso do mesmo exemplo do furto de uma cédula de dez reais *supra*, observa-se que houve uma conduta dolosa comissiva, cuja ação, pelo nexos de causalidade, redundou no resultado, restando, portanto, a análise da tipicidade penal para se atestar se houve fato típico.

Antes, porém, convém esclarecer que a tipicidade penal tem de ser vislumbrada sobre as óticas da tipicidade legal e da tipicidade conglobante. Aquela ocorre quando há a pura e seca adequação do comportamento do agente à conduta tipificada na norma. A última, ao contrário, exige que a lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela regra tipificadora específica, sem se descurar da ofensa conglobada a outras normas protetivas penais, o que levaria à análise da importância efetiva do bem no caso concreto (tipicidade material).

Greco aclara melhor a questão quando afirma que:

Além da necessidade de existir um modelo abstrato que preveja com perfeição a conduta praticada pelo agente, é preciso que, para que ocorra essa adequação, isto é, para que a conduta do agente se amolde com perfeição ao tipo penal, seja levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção. Quando o

⁴¹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 4. Ed., revista, atualizada e ampliada. Niterói: Impetus, 2009, p. 86.

legislador penal chamou a si a responsabilidade de tutelar determinados bens, como a integridade física e o patrimônio, não quis abarcar toda e qualquer lesão corporal sofrida pela vítima ou mesmo todo e qualquer tipo de patrimônio, não importando o seu valor.⁴²

Voltando ao exemplo, é perceptível que a conduta do agente se encaixa perfeitamente no tipo do art. 155 do CP, motivo pelo qual não se duvida da tipicidade legal do fato. Todavia, pelo exposto a pouco, a tipicidade conglobante irá funcionar como impeditivo para que referido comportamento receba a proteção exacerbada e desproporcional do Direito Penal, dada a mínima ofensa ao bem jurídico (patrimônio) da vítima.

Dito isto, não há margem, com a devida vênia dos que pensam de outra forma, para que não se admita que a insignificância penal da conduta redunde na sua atipicidade, posto que excluiria sua tipicidade conglobante, o que, pela lógica já afirmada anteriormente, tornaria desnecessário o exame da ilicitude do fato e/ou de sua culpabilidade. Em não se aperfeiçoando o fato típico, não existe crime.

3.2. Origem do Princípio da Insignificância

A idéia de princípio da insignificância, tal como é concebido atualmente, veio de Claus Roxin que, em meados de 1964, reconhecia que haveria necessidade de constatação de uma lesão significativa ao bem jurídico afetado pela conduta delitiva para a perfeita configuração do crime.

Todavia, apesar de certo que foi Roxin que expôs mais recentemente a problemática, já no Direito Romano vislumbrava-se traços do princípio da insignificância, notadamente quando os pretores lançavam mão da máxima *minima non curat praetor*.

Ou seja, o pensamento da impunidade dos comportamentos tidos como pouco lesivos remonta à antiguidade romana, em razão do brocardo citado no parágrafo anterior. Entrementes, o grande responsável pela disseminação do ideal jurídico penal da insignificância, adormecido durante a Idade Média e início da Moderna, foi Roxin, sem esquecer do mérito de vários outros estudiosos.

Isso é o que nos leciona Ivan Luiz da Silva, mestre em Direito Público, quando afirma que:

Assim, não obstante a formulação contemporânea do Princípio da Insignificância, não há como se ocultar que sua origem se encontra no antigo brocardo romanístico *minima non curat praetor*, ou *de minimis non curat praetor* ou, ainda, *de minimis praetor non curat*, como aparece mencionado em numerosos autores que, desde o

⁴² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 5. Ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Vol. I, p. 68.

século XIX o invocam e pedem sua restauração: Carrara, von Liszt, Quintiliano Saldaña, Claus Roxin, Baumann, Zaffaroni, dentre outros.⁴³

Toda a questão surgiu nos períodos “entre guerras” e pós segunda guerra mundial, quando, em face da pobreza que assolava grande parte da Europa, vislumbrou-se a ocorrência de inúmeros delitos de pequena relevância social, principalmente furtos e roubos de bens de pouco valor. Assim, abarrotaram-se os juízos criminais com as análises de incontáveis condutas que, em verdade, não ocasionaram lesões significativas a bens jurídicos, atrasando, até mesmo, o andamento dos casos em que a atuação penal realmente se fazia necessária.

A idéia principal, portanto, com a inclusão do princípio de insignificância como forma de exclusão da tipicidade penal era de desafogar os sistemas penais europeus, a fim de que estes pudessem voltar a direcionar suas atenções aos comportamentos verdadeiramente graves e atentatórios para a sociedade, eliminando os demais já em seu nascedouro.

A partir disso é que os doutrinadores contemporâneos construíram suas teses sobre o princípio da insignificância, quase todos o associando, contrariamente ao seu fundamento original, ao ideal da dignidade da pessoa humana.

3.3. Conceito de Princípio da Insignificância

Vistas a natureza jurídica e a origem, é preciso tecer comentários acerca do conceito do princípio da insignificância, por vezes lembrando o que até então já fora afirmado, a fim de que se possa melhor compreender no que ele consiste.

Apesar de não haver indícios de sua previsão no ordenamento jurídico positivo pátrio, resta como questão já superada o majoritário reconhecimento do princípio da insignificância, tanto doutrinariamente como jurisprudencialmente. Todos admitem que referido princípio é fundamental para emprestar a concreta e, portanto, integral aplicação ao princípio da intervenção mínima, dando-lhe completude no que concerne aos ideais minimalistas.

Desta forma, existe para impedir que condutas tipificadas que acarretem, ao final, concretamente, mínima ofensa ao bem jurídico tutelado pelo ramo penal do Direito, recebam, *in casu*, a efetiva proteção jurídica deste, tendo em vista o seu caráter fragmentário.

Não é outro o pensamento do doutrinador Diomar Ackel Filho, senão vejamos o excerto *infra*:

⁴³ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 87.

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovida de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta o juízo de censura penal.⁴⁴

O mesmo autor também afirma que:

O princípio da insignificância se ajusta à equidade e correta interpretação do Direito. Por aquela, acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado em valores vigentes em sociedade, liberando-se o agente, cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, exige-se uma hermenêutica mais condizente do Direito, que não se pode ater a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de desvirtuar o sentido da própria norma e se conduzir a graves injustiças.⁴⁵

É inegável que o princípio da insignificância atua no sentido de emprestar maior credibilidade ao Direito Penal, posto que traz em seu bojo o ideal de justiça, graças ao seu fundamento de proporcionalidade/razoabilidade na análise do fato concreto, no qual a dignidade da pessoa humana acaba por ser respeitada. Contudo, esquece-se de mencionar o motivo original do princípio da insignificância, qual seja, desatolar o judiciário. O professor argentino Abel Conejo, no entanto, mesmo que por mera referência, recorda que o princípio da insignificância:

[...] é aquele que não permite ajuizar condutas socialmente irrelevantes, garantindo não só que a justiça se encontre mais desafogada, ou bem menos sobrecarregada, permitindo também que fatos insignificantes não se erijam em uma sorte de estigma proutuario para seus autores.⁴⁶

Numa última visão doutrinária do assunto aqui colacionada, do estudioso Carlos Vico Mañas, sustenta-se o que até aqui foi explanado, posto que aduz:

O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.⁴⁷

Finalmente, cumpre expor a conceituação jurisprudencial do princípio em tela, uma vez que daí surge a sua aplicação efetiva. Dos excertos a seguir, embasados muitas vezes nos doutrinadores já oportunamente citados, extrai-se uma idéia do que a jurisprudência majoritária esmagadora entende sobre insignificância penal. Confira-se:

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite desconsiderar-se a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações bagatelares, afastadas do campo da reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos termos da norma penal, emergindo, pois, a

⁴⁴ *Apud* Silva, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 94.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 94.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 94-95.

⁴⁷ MANAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 81.

completa falta de reprovação penal. (TACRIM-SP, Apelação 1.044.889/5, Rel. Breno Guimarães, 24.09.1997)⁴⁸

A tendência generalizada da política criminal moderna é reduzir ao máximo a área de incidência do Direito Penal. O fato penalmente insignificante deve ser excluído da tipicidade penal e receber tratamento adequado (como ilícito civil, administrativo, fiscal etc.). O Estado só deve intervir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. (TRF – 1ª. Região, 4ª Turma, AC 93.01.12840-3/MG, Rel. Mário César Ribeiro, 08.04.1997)⁴⁹

Assim, pode-se entender como princípio da insignificância aquele que atua no impedimento da atuação estatal penal quando, através de conduta tipificada no ordenamento, restar configurada ofensa mínima ao bem jurídico. Em casos tais, tendo em vista a insignificância do comportamento e/ou de seu resultado, o Direito Penal deve abster-se de agir, vez que a tipicidade conglobante, essencial à perfeita observância do fato típico do crime, não estaria preenchida.

3.5. Importância Prática do Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância, como já afirmado anteriormente, surgiu em meio há uma séria de mini-delitos, por assim dizer, ocorridos na Europa por força da miserabilidade que atingiu determinados setores daquela população, com o intuito justamente de não penalizar tais condutas, intentando, justamente, dar continuidade regular às atividades judiciárias processuais penais.

De fato, com a criminalização dos comportamentos ínfimos, estava-se abarrotando o sistema penal, tanto de processos como de presos que, verdadeiramente, não ofereciam perigo significativo à sociedade, em detrimento dos agentes de crimes mais graves, os quais, por sua vez, recebiam a sanção devida tardiamente, ou mesmo, e pior, nem a recebiam.

Através da aplicação do princípio da insignificância, o problema estava, em tese, resolvido, pois todas as condutas que lesionassem minimamente bens jurídicos penalmente tutelados poderiam ser deixadas de lado a fim de que o Estado buscasse dar eficácia ao Direito Penal no que tange aos crimes de maior relevância e clamor social.

Assim, os juízes e tribunais penais estavam dispensados de empreender gastos e esforços na reprimenda de comportamentos que não provocassem maiores danos ao ideal de Estado ou à estrutura da sociedade, devendo diligenciar com todo o seu poder na apuração e punição das ações que acarretassem maior prejuízo social.

⁴⁸ *Apud* Silva, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 94.

⁴⁹ PRADO, Luiz Régis. *Op. cit.*, p. 125-126.

Afora isso, não há como negar, e isto já se teve oportunidade de constatar, que o princípio da insignificância está em perfeita consonância com os ditames apregoados pelo Direito Penal Mínimo, que prevê uma aplicação de maior eficácia e humanidade a este ramo do Direito.

Observado conjuntamente com os demais princípios relativos à teoria minimalista, tais como intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade, adequação social, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, principalmente, todos analisados no capítulo anterior, auxilia a criar um Direito Penal mais seletivo objetivamente.

Desta forma, sua observância completa, afinal, a peneira pela qual deve passar o tipo penal, desde a sua criação legislativa até a sua aplicação real, de forma a tornar o Direito Penal um ramo jurídico que só tutela bens de grande importância para a sociedade e para o Estado, tanto abstratamente como concretamente, dispensando os que possam ser albergados pelos demais ramos do Direito.

A grande barreira atual é o fervor social. Os cidadãos, vendo seu sangue sendo derramado cotidianamente, muitas vezes literalmente, cobram do Estado maior rigor na sanção de toda e qualquer conduta delitiva, enxergando no princípio da insignificância apenas impunibilidade.

A mídia, como se viu, é a maior difusora da idéia do Direito Penal Máximo. Isto faz com que cada vez mais haja defensores dessa tese, o que acarreta, assim, mais audiência. Parlamentares oportunistas, por sua vez, com o fim de eleger-se, vislumbra a guerra contra a impunidade como *slogan* de campanha e se “alista” para ela, o que acalorará mais pessoas, ou sobre outro prisma, mais telespectadores, e o ciclo continua. Na verdade, ao final, todos perdem.

Percebe-se, então, que as pressões contra o princípio da insignificância são enormes, notadamente em países com altos índices de criminalidade, como o Brasil. Os aplicadores do Direito se vêem numa encruzilhada: ou cedem, com o temor de serem malquistos ou pelos indivíduos, ou pela mídia ou pelos políticos; ou permanecem firmes em benefício da sociedade e do Estado, mesmo ao arrepio de muitos.

Ocorre que, verdadeiramente, a batalha começou a ser perdida na medida em que se pode observar o sistema judiciário penal atolado de processos e os presídios mais ainda no tangente a encarcerados. Os julgadores pátrios, e a verdade infelizmente é essa, nunca deixaram de penalizar as condutas de pouca relevância social e, por vezes, não se abstêm nem mesmo de criminalizar e sancionar as de valor insignificante. E isto tudo é que está ocasionando a derrocada de nosso Direito Penal.

A maioria dos que pensam racionalmente já entenderam que nem sempre a solução é a punição. Ela está, isto sim, no fornecimento, pelo Estado, de condições de vida adequadas à dignidade humana, tais como os previstos no *caput* do art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, que são, dentre outros, saúde, moradia, trabalho, assistência aos desamparados⁵⁰, incluindo-se aí educação. Se tudo isso fosse dado aos cidadãos, como previsto constitucionalmente, com absoluta certeza, a criminalidade reduziria a níveis pelo menos toleráveis.

Entretanto, a grande maioria, “pensando com a emoção”, ainda vislumbra na atuação máxima do Direito Penal a resposta para a redução dos índices criminais. Utilizando-se, então, da resposta errada, estão sentenciando de morte a eficácia do Direito Penal, tal como se observou no capítulo inicial, quando dos comentários ao tema em tela.

Por todo o exposto, vê-se que o princípio da insignificância, enfim, em sintonia com o Direito Penal Mínimo, até porque parte deste, ajuda na existência de um Direito Penal mais justo, humano e eficaz.

3.5. A Mensuração da Insignificância do Bem

Ab initio, é conveniente tecer alguns comentários sobre bem jurídico em si. Bem é tudo aquilo que, de alguma forma, satisfaz uma determinada necessidade humana, seja individualmente, seja coletivamente, interessando, portanto, aos indivíduos. Desta forma, tudo que tenha valor, em sentido *lato*, para o homem, está inserido na definição de bem. Assim, patrimônio, vida, meio ambiente, água, são todos bens.

Há aqueles bens, ademais, que, por terem um considerável valor, interessam igualmente ao mundo do Direito, sendo, por conseguinte, objeto de prescrição e proteção jurisdicional. O bem jurídico, como afirmado, é dotado de uma importância tal que merece guarida no Direito para a sua preservação.

Outrossim, tem-se, ainda, aqueles bens que possuem grande valor social, sendo seu amparo de suma relevância para o bem-estar da sociedade. Para a guarida desses bens, o Estado criou o Direito Penal, ramo jurídico que impõe as maiores e mais gravosas sanções do ordenamento, com o intuito, principalmente, de intimidação dos agressores. O bem jurídico penalmente tutelado, conclui-se, é o que, por seu relevo, resta inserto no âmbito de proteção e garantia das normas penais.

⁵⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008, p. 40.

O bem jurídico penalmente tutelado se confunde com o objeto jurídico. Ou seja, a finalidade da lei tipificadora é proteger o bem nela mesmo previsto. Todo regramento penal visa a preservação de certo bem jurídico, este de valor considerável para a sociedade, dado o caráter fragmentário do Direito Penal.

Existem, todavia, a depender da abrangência do bem sobre o qual está se versando, dois objetos jurídicos dentro de um mesmo tipo penal: objeto jurídico genérico e objeto jurídico específico, estando, decerto, este englobado por aquele.

Entende-se por objeto jurídico genérico aquele bem jurídico descrito de forma ampla, por vezes abstrata, ao mesmo tempo em que objeto jurídico específico é o mencionado de forma concreta, particularizada, fracionada, em relação ao anterior.

Assim, v.g., a pessoa seria o objeto jurídico genérico dos crimes de homicídio, de injúria e de cárcere privado, sendo a vida, a honra e a liberdade individual os respectivos objetos jurídicos específicos. Da mesma forma, costumes e família seriam os objetos genéricos de proteção normativa nos delitos de estupro e de bigamia, na medida em que a liberdade sexual e o casamento seriam os objetos específicos, respectivamente.

Percebe-se, pelos exemplos apostos acima, que os objetos jurídicos gerais estão sempre nominados nos títulos em que estão positivados os tipos penais, e que os seus objetos específicos estão descritos nos capítulos, comportando, entretanto, esta última regra, exceções, tais como furto e roubo, dos quais se detrai seus objetos específicos da própria leitura do tipo, nestes casos, propriedade.

Para que haja, pelo que foi visto, perfeita adequação do fato à norma penal é necessário que o agente, por sua conduta, afete o bem jurídico penalmente tutelado tanto em sua vertente genérica como na específica.

No que concerne ao princípio da insignificância, tem-se que, o agente, através de ação tipicamente descrita, lesou infimamente bem jurídico de outrem. Não há dúvidas, portanto, de que houve real afetação do bem, genericamente e especificamente, não sendo esta, entretanto, significativa a ponto de causar efetivo prejuízo, o que ocasionaria a atipicidade do fato.

Com absoluta certeza, um palito de fósforo, uma moeda de um real, uma caneta da marca Bic, um tubo de maionese, uma colher, uma maçã, uma folha de papel em branco, um picolé da Pardal, um cigarro, um pacote de biscoito, uma lata de coca-cola, um rolo de papel higiênico, uma embalagem de macarrão, dentre diversos outros, são bens indubitavelmente insignificantes para o Direito Penal, não merecendo a guarida deste, sem prejuízo, todavia, da proteção pelas demais esferas jurídicas.

Por outro lado, um computador portátil, um maço com dez cédulas de cinquenta reais cada, um celular moderno, um carro, e outros bens mais, de considerável valor, todos são amparados pelo Direito Penal, devendo este incidir, em caso de lesão, emprestando a sua força e rigidez para repreender os criminosos.

Como se demonstrou, quanto aos dois extremos, não existem maiores complicações. A problemática maior está na zona cinzenta, por assim dizer, quando, muitas vezes, não é possível se determinar ao certo a insignificância ou não da conduta e/ou do resultado.

Uma cédula de cinquenta reais, um celular antigo, uma revista de conteúdo adulto e uma cesta básica no valor de sessenta reais são, por exemplo, bens que, se agredidos, gerarão controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca de seu eventual caráter insignificante.

É difícil estabelecer um consenso de um parâmetro certo e determinado sobre o qual se possa mensurar os valores de alguns bens jurídicos para fins de concessão do benefício da insignificância. O aplicador do Direito, em casos como os tais, deve fazer uso de seu bom-senso e do conceito de razoabilidade para averiguar a insignificância ou não dos bens.

Não é outra a lição professor Fernando de Almeida Pedroso, na oportunidade que afirma:

Nos crimes de resultado econômico perpetrados sem violência ou grave ameaça, nos quais o gravame patrimonial representa a violação ao bem jurídico penalmente tutelado, não existem vetores determinados para a aferição do patamar da insignificância patrimonial e o conseqüente crime de bagatela. Sob este prisma, é manifesto que a estimativa deve ser positivada por meio de juízo meramente subjetivo do exegeta, porém submetido e atrelado a um critério de razoabilidade.⁵¹

Nesse diapasão, leciona Rogério Greco que:

Alguns poderão dizer que é muito subjetivo o critério para que se possa concluir se o bem atacado é insignificante ou não. E realmente é. Teremos, outrossim, de lidar ainda com o conceito de *razoabilidade* para podermos chegar à conclusão de que aquele bem não merece proteção do Direito Penal, pois que inexpressivo.⁵²

Vale constar, outrossim, aqui, o pensamento cauteloso de Luiz Régis Prado, quando salienta o seguinte:

Esses princípios são entendidos, respectivamente, como critério geral de interpretação restritiva (correção típica) e como critério para a determinação do injusto penal. Ainda aqui, porém, convém advertir para a grande imprecisão desses critérios, o que pode atingir gravemente a segurança jurídica.⁵³

⁵¹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal - Parte geral*. 4. Ed. São Paulo: Método, 2008. Vol. 1, p. 88.

⁵² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 5. Ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Vol. I, p. 69.

⁵³ *Op. cit.*, p. 124.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, no julgamento do HC 84.412-0/SP, julgado em 19.10.2004 e publicado em 19.11.2004, de relatoria do Min. Celso de Melo, deixou transparecer que os delitos que agredissem valores próximos a 10% (dez por cento) do salário mínimo são considerados de bagatela, almejando fixar um parâmetro para análise da insignificância por aquela corte.

No mais, a grande maioria da doutrina e da jurisprudência nacionais estabelece que a valoração da insignificância independe de análise subjetiva da vítima, apesar de o Superior Tribunal de Justiça, em oportunidades escassas já ter decidido diversamente. Isto é, a regra geral é que não deverá ser levado em conta o valor do bem jurídico atingido pela conduta antinormativa para o lesionado, nem o de cunho patrimonial, tampouco o de caráter puramente emocional e/ou pessoal.

Vislumbrou-se a complicação na mensuração da insignificância dos bens cujo objeto jurídico seja o patrimônio, bem palpável e de, na maioria das vezes, fácil valoração econômica. Imagine-se, então, o esforço para se determinar a insignificância de lesão a bem jurídico não patrimonial, como ocorre em crimes contra a integridade física e contra a honra, por exemplo.

Até que ponto um golpe desferido por um transeunte, que, inadvertidamente, imita uma marcha militar, contra uma senhora, poderá ser imputável como lesão corporal culposa, sem que se admita a insignificância. Como se mensuraria o resultado? Tamanho do hematoma? Existência de corte?

No que tange aos crimes contra a honra a dificuldade é ainda maior, uma vez que a lesão é moral, sendo impossível determinar um parâmetro objetivo de valoração da ofensa, posto que todo o tipo é baseado em elementos subjetivos. A gravidade da ofensa é de âmbito pessoal do receptor, variando de acordo com a sua personalidade, e com a cultura e costumes sobre os quais foi criado.

Nos crimes ambientais, ademais, também é bastante complicado a quantização do tamanho da agressão, dado o caráter essencial da natureza para a vida desta e das futuras gerações. Note-se que, por isto mesmo, apesar de reconhecer-se a aplicabilidade da insignificância, o intérprete tem de ser bastante rigoroso no que concerne à mensuração do valor do prejuízo ocasionado pela conduta.

Nestes casos, mais ainda o julgador deve envidar todos os seus esforços, conforme as circunstâncias que permeiam cada caso, para analisar sobre a incidência do princípio da insignificância.

Finalmente, importante salientar que existem aqueles bens jurídicos penalmente tutelados que, em razão de seu elevado grau de relevância social, são insuscetíveis de avaliação valorativa. Assim, em hipótese alguma, se há de cogitar da aplicação do princípio da insignificância em relação aos crimes contra a vida e contra a liberdade sexual, por exemplo, visto que não existe possibilidade de medição de valor para tais bens.

Num homicídio, exemplificativamente, não pode haver análise da insignificância do bem jurídico agredido, qual seja, a própria vida da vítima. Por mais que o autor intente convencer o magistrado de que o morto era ladrão, terrorista, homicida, estuprador de crianças, torcedor da Argentina e tudo o mais que denigra a sua reputação perante o seio social, não merece acolhida a aplicação do princípio da insignificância pelo tão só fato de a vida, em qualquer caso, ser bem de valor imensurável.

Da mesma forma, não pode o juiz apreciar insignificância do bem ou da conduta nos casos de crimes contra liberdade sexual, seja qual for o motivo expressado, ainda que alegue a parte ré o pequeno tamanho de seu órgão peniano, como já se pretendeu em caso hilário.⁵⁴

Vê-se cristalinamente, enfim, que a questão da mensuração do bem jurídico é de enorme controvérsia e dificuldade, devendo o aplicador, em cada caso, observadas as circunstâncias, da interpretação dos fatos, emitir sua valoração, em face do ideal de razoabilidade e de bom-senso.

No último tópico deste capítulo retornar-se-á aos assuntos tratados neste ponto com o fito de comparar as idéias aqui esposadas sobre a valoração do bem jurídico penal em razão da incidência do princípio da insignificância à aplicação prática pelos tribunais desses conceitos.

3.5. Hipóteses de Cabimento da Aplicação do Princípio da Insignificância

A priori, deve-se ter em mente que o princípio da insignificância é uma regra geral, e que as restrições sobre as quais se versará neste tópico são as exceções. Toda e qualquer lesão de pouca importância valorativa para o Direito Penal tem de ser afastada do âmbito de proteção deste, a não ser alguns casos a seguir especificados.

Dito isto, é conveniente passar à análise dos casos.

⁵⁴ FRANÇA, Edilson. *Princípio da insignificância*. Disponível em: <http://www.franklinjorge.com/blog/2009/04/08/principio-da-insignificancia/>. Acesso em: 10.05.2009.

Parcela considerável da doutrina e da jurisprudência tupiniquim inadmitte cabimento da aplicação do princípio da insignificância nos casos de crimes pluriofensivos, como roubo e peculato, posto que, nestes, há lesão a diferentes e diversos bens jurídicos penalmente tutelados.

Todavia, esquecem estes estudiosos que se o prejuízo for ínfimo patrimonialmente, e que se a agressão ao bem jurídico subsequente for irrelevante, também, não se descuida de que o princípio da insignificância é aplicável.

No caso do roubo, em havendo mínima ofensa patrimonial e em sendo ínfima a “violência ou grave ameaça” cometida pelo agente, o julgador deve sim decretar a atipicidade com base na insignificância.

Eliezer Siqueira de Sousa Júnior, defensor público do Estado do Espírito Santo, em artigo publicado em sítio na internet, aduz que:

Resumindo: o crime de roubo, como leciona o Excelso Pretório, é delito complexo, que protege não só o patrimônio, mas também a integridade pessoal. O crime de roubo tutela o patrimônio e a liberdade pessoal, e não o patrimônio ou a liberdade pessoal. Desta forma, desconsiderando o patrimônio, por sua insignificância material, resta averiguar a lesão ao outro bem tutelado. Restando algum delito (v.g., constrangimento ilegal, ameaça, lesão corporal), pune-se o agente pelo remanescente. Não sendo a conduta residual asseverável, reconhece-se a atipicidade da conduta. (grifou-se)⁵⁵

Em se tratando de peculato, outro não é o parecer. É plenamente admissível a valoração da insignificância do bem furtado da administração, não estando a moral administrativa, como querem alguns, como elemento inibidor da aplicação do princípio. Vale à pena transcrever os ensinamentos de Fernando Capez sobre isso:

Com relação à aplicação desse princípio, nos crimes contra a administração pública, não existe razão para negar a incidência nas hipóteses em que a lesão ao erário for de ínfima monta. É o caso do funcionário público que leva para casa algumas folhas, um punhado de clips ou uma borracha, apropriando-se de tais bens. Como o Direito Penal tutela bens jurídicos, e não a moral, objetivamente o fato será atípico, dada a sua irrelevância.⁵⁶

Na hipótese de lesão corporal, também é cabível a incidência de tal princípio desde que se trate de ofensa em seu grau leve e praticada de forma culposa. Isso se dá devido ao fato de que a lesão corporal dolosa é sempre punível, em qualquer grau, desde a leve (art. 129 do CP) até a levíssima ou superficial (art. 21 da Lei de Contravenções Penais).

Pedroso ensina que:

Em sede de lesão corporal, bem é de ver que somente se pode reservar o princípio da insignificância para as pequenas lesões, inexpressivas, que ocorram na *índole culposa* da infração. Isso porque, com relação à lesão corporal leve *dolosa*, implicaria a aplicação do princípio da revogação do art. 129, caput, do CP. Ainda

⁵⁵ SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. *A aplicação do princípio da insignificância no roubo é possível?* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10012>. Acesso em: 14.03.2009.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 13.

quando levíssima a ofensa à integridade corporal, presente o dolo, sempre existirá como residual ou remanescente típico, de outro lado, a tentativa do delito (em tese admissível pela *communis opinio doctorum*) ou, quando não, a prática contravencional das vias de fato (art. 21 da LCP). Por esses motivos, não encontra campo fértil o princípio invocado para eventual aplicação quando se cuida de ato de militante hostilidade física, o que vale dizer, quando se trata de lesão corporal de inspiração dolosa.⁵⁷

Autores há que acreditam no não cabimento do princípio da insignificância nos crimes praticados contra a Fazenda Pública, tais como descaminho e sonegação de tributos e contribuições previdenciárias, por exemplo, posto que a ofensa aos cofres públicos seria sempre significativa. Porém, doutrina e jurisprudência recentes se levantam no sentido de reconhecer que, em determinadas circunstâncias, dado o nível irrisório, dentro de certos limites, do desfalque ao patrimônio público, deve ser aplicada a tese da insignificância.

Alguns estudiosos também afirmam a impossibilidade de questionamento da insignificância nos crimes tidos como ambientais tendo em vista a enorme importância do meio ambiente para a sociedade, o que daria a qualquer ofensa um caráter valorativo relevante.

Entretanto, apesar de se acolher em parte tal argumento, impõe-se admitir a aplicação do princípio da insignificância também em delitos contra a natureza, uma vez que ainda restam condutas tipificadas penalmente que podem, concretamente, acarretar mínima lesão ao ambiente, reconhecendo-se, por outro lado, que, de fato, a valoração dos bens deve se dar da forma mais rígida possível.

No crime de posse ilícita de drogas, para consumo próprio, é incabível a pretensão de incidência do princípio da insignificância, dado que a conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/2006 estabelece penas tão esdrúxulas que se torna impossível a alegação de atuação desproporcional do Estado na aplicação do Direito Penal.

Em verdade, as penas de admoestação verbal, de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programas ou cursos educativos são tão insignificantes quanto à própria conduta antijurídica tipificado no *caput* do artigo citado. Decerto, como muitos admitem, tal tipo já deveria ter sido retirado por completo do ordenamento jurídico penal.

Outro aspecto a merecer destaque concerne à aplicação do princípio da insignificância no âmbito da Justiça Militar. Vislumbrando-se que uma das finalidades essenciais da legislação penal militar é, justamente, a preservação da disciplina e hierarquia nas Forças Armadas, alguns autores exigem extrema cautela nesses casos.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 89-90.

Todavia, tem-se como plenamente admissível sua aplicação em face ser previsto expressamente na lei penal militar, consoante a norma do art. 240, § 1º, do respectivo Código Penal.⁵⁸

Não é plausível, outrossim, inadmitir-se, de plano, como fazem alguns, a aplicação do princípio da insignificância nos crimes praticados contra a fé pública, notadamente no que concerne à falsificação de moeda, se o agente, por exemplo, o faz em relação a pequena quantidade de dinheiro, posto que a lesão, apesar de tudo, continua sendo de pouca monta.

Cabe ressaltar, e isso já se afirmou, que as circunstâncias de caráter subjetivo do delinqüente não devem influir em eventual análise de insignificância do bem jurídico afetado e/ou da conduta por ele praticada. Desta forma, a periculosidade do agente e/ou sua reincidência são fatores que não podem ser consideradas quando da aplicação do princípio da insignificância.

Faz-se, novamente, oportuno valer-se das lições de Fernando Pedroso, quando este afirma que:

Nessa conjuntura, eventuais antecedentes que o autor da infração apresente não denotam potencialidade para que constituam impedimento à aplicação do princípio da insignificância. Isto porque, atrelado o princípio à determinação da tipicidade, em vista do bem jurídico penalmente tutelado, merece o referido apotegma apreciação eminentemente objetiva, circunscrita à dimensão da ofensa ao objeto jurídico, enquanto possíveis antecedentes do sujeito ativo sempre despontam alheios à subsunção e encarte típicos, atinando, unicamente, com a dosimetria da pena, após constatada a configuração jurídica do delito em seus aspectos estruturais. Por tal razão, como com acerto já se decidiu, sequer a reincidência do agente constitui empecoço para o reconhecimento do crime de bagatela.⁵⁹

Convém ressaltar que a não influência da reincidência na averiguação de eventual aplicação do princípio da insignificância não é pacífico, havendo divergências jurisprudenciais, como se verá no tópico seguinte.

O mesmo autor *supra*, entretanto, alerta para a necessidade de punição daqueles comportamentos que, mesmo atingindo bens jurídicos de pouca relevância, são praticados de forma reiterada e, com isso, na somatória, o agente acaba auferindo valores significativos. Eis o excerto do doutrinador:

Outrossim, o princípio da insignificância, para a sua proclamação, pressupõe a perpetração de atividade ilícita esporádica e ocasional. Não encontra viabilidade à aplicação, por via de consequência, para ações cometidas com persistência ou em continuidade delitiva, pelas quais o agente, ao atingir o bem jurídico tutelado de forma inexpressiva em cada ação, logra, com a reiteração das condutas, fazer com

⁵⁸ Art. 240. (...)

§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 89.

que o *pouco* obtido em cada atividade se torne *significativo* ou *muito* no contexto geral da obstinação criminosa.⁶⁰

Finalizando, insiste-se no não cabimento da aplicação do princípio da insignificância nos delitos praticados contra a vida e contra a liberdade sexual, vez que o bem jurídico ofendido, em nenhum caso, terá valor irrisório.

No próximo ponto, proceder-se-á a uma revisão sintética dos principais assuntos deste trabalho, colacionado, como suporte, diversos excertos jurisprudenciais para que se possa ter uma idéia de como o princípio da insignificância, e todos os seus delineamentos, vem sendo observado pelos juízes e tribunais pátrios.

3.5. A Aplicação do Princípio da Insignificância pelos Juízes e Tribunais pátrios

É pacífico o entendimento de que o princípio da insignificância está presente do ordenamento penal nacional e que deve ser aplicado sempre que se puder considerar ínfima a lesão a um determinado bem jurídico, nos moldes já explanados nos parágrafos anteriores. Não sobrevive dúvida de que os aplicadores do Direito reconhecem sua existência e seus benefícios para o Direito Penal.

Sem mais delongas, convém iniciar, de logo, a demonstração da visão dos juízes e tribunais sobre tal princípio.

Lição de princípio da insignificância dadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, faz-se extremamente importante a reprodução das decisões jurisprudenciais abaixo, para melhor compreensão do tema tratado neste tópico:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-INCIDÊNCIA. OBJETO MATERIAL QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO DESPREZÍVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 14, II, DO CP. RECONHECIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Segundo a melhor doutrina, o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal. 2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico. 3. Diante da inexistência de regra expressa definindo, para a finalidade em apreço, o que seja "valor insignificante", aplicável, em sua teleologia, a diretriz resultante do art. 335 do Código de Processo Civil, a saber: "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial". 4. Considerando a nossa realidade sócioeconômico, em que metade da população ocupada do Brasil tem rendimento (médio mensal de todos os trabalhadores) de 1/2

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 90.

a 2 salários mínimos (dados do IBGE indicadores sociais de 2002), não se pode admitir que o furto de três peças de roupa, avaliadas em R\$ 112,00 (cento e doze) reais seja considerado um valor irrisório, ínfimo. 5. A jurisprudência desta Corte, bem como do Supremo Tribunal Federal, firmaram a orientação no sentido de que se considera consumado o crime de roubo, assim como o de furto, no momento em que, cessada a clandestinidade ou violência, o agente se torna possuidor da Res furtiva, ainda que por curto espaço de tempo, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima, incluindo-se, portanto, as hipóteses em que é possível a retomada do bem por meio de perseguição imediata. 6. Recurso conhecido e provido para, reformando o acórdão recorrido no que se refere à aplicação do princípio da insignificância e quanto ao reconhecimento da forma tentada do delito de furto, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga na apreciação das demais questões do recurso de apelação interposto pela defesa. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 849.035; Proc. 2006/0106910-8; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 03/04/2007; DJU 07/05/2007; Pág. 363) CP, art. 14 CPC, art. 335

PENAL. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR. INAPLICABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES DO ACUSADO. SENTENÇA CASSADA. 1. O princípio da insignificância - Que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do estado em matéria penal -, tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. 1.1 tal postulado, que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - Apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do poder público. 1.2 de minimis, non curat praetor. 2. Noutras palavras. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - Por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - Não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 2.1 outrossim, ainda que se considere o delito como de pouca gravidade, tal não se identifica com o indiferente penal se, como um todo, observado o binômio tipo de injusto/bem jurídico, deixou de se caracterizar a sua insignificância, como sói ocorrer na hipótese dos autos quando se trata de crime de furto duplamente qualificado, por concurso de agentes e pelo rompimento de obstáculo, ostentando, o réu, diversos registros em sua folha de antecedentes por crime contra o patrimônio, o que vem a revelar que o caso de que cuidam os autos não é um episódio isolado em sua vida. 2.2 a aplicação do princípio da insignificância, diante de todo este contexto, acaba por representar um estímulo à atividade criminoso, na medida em que nada contribui para a prevenção e reprovação do crime. 3. Por outro lado, eventual reparação do crime constitui obrigação do infrator, a qual pode ser levada em conta para efeito de atenuação da pena, caso sobrevenha condenação; jamais para tornar atípica a conduta. 4. Sentença anulada e determinado o retorno dos autos à vara de origem, para regular prosseguimento do feito. (TJ-DF; ACr 2006.02.1.000479-8; Ac. 275301; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. João Egmont; DJU 11/07/2007; Pág. 100)

No tangente à objetividade jurídica do princípio da insignificância, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como se pode deair do trecho jurisprudencial colacionado a seguir, por vezes, entendem que a mensuração do valor do bem jurídico prejudicado não deve levar em consideração as circunstâncias de caráter subjetivo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: DESCABIMENTO: FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DA ALEGADA VIOLAÇÃO AO TEXTO CONSTITUCIONAL: INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N^{OS} 282 E 356. 2. Recurso extraordinário, requisitos específicos e habeas corpus de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a inadmissibilidade do RE da defesa, por falta de prequestionamento e outros vícios formais, se, não obstante - Evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção - Seja possível a concessão de habeas corpus de ofício (V.g. RE 273.363, 1^a T., Sepúlveda Pertence, DJ 20.10.2000). 3. Descaminho considerado como "crime de bagatela": Aplicação do "princípio da insignificância". Para a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC 84.412, 2^a T., Celso de Mello, DJ 19.11.04). 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 (HC 77.003, 2^a T., Marco Aurélio, RTJ 178/310). 4. Concessão de habeas corpus de ofício, para cassar a condenação imposta à recorrente, por falta de justa causa. (Supremo Tribunal Federal STF; QO-RExt 514.530-1; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Julg. 06/02/2007; DJU 02/03/2007; Pág. 39)

CRIMINAL. HC. FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ÍNFIMO VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS PELA AGENTE. INCONVENIÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. DELITO DE BAGATELA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FURTO FAMILÍCO. ORDEM CONCEDIDA. I. Hipótese em que o impetrante sustenta que a conduta da ré não se subsume ao tipo do art. 155 do Estatuto Repressor, em face do pequeno valor econômico das mercadorias por ela subtraídas, atraindo a incidência do princípio da insignificância. II. Embora a impetração não tenha sido instruída com o referido laudo de avaliação das mercadorias, verifica-se que mesmo que a paciente tivesse obtido êxito na tentativa de furtar os bens, tal conduta não teria afetado de forma relevante o patrimônio das vítimas. III. Atipicidade da conduta que merece ser reconhecida a fim de impedir que a paciente sofra os efeitos nocivos do processo penal, assim como em face da inconveniência de se movimentar o Poder Judiciário para solucionar tal lide. IV. As circunstâncias de caráter pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal. V. A Res furtiva considerada - alimentos e fraldas descartáveis-, caracteriza a hipótese de furto famélico. VI. Deve ser concedida a ordem para anular a decisão condenatória e trancar a ação penal por falta de justa causa. VII. Ordem concedida, no termos do voto do Relator. (Superior Tribunal de Justiça STJ; HC 62.417; Proc. 2006/0150070-8; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson Langoar Dipp; Julg. 19/06/2007; DJU 06/08/2007; Pág. 557)

Contudo, tal entendimento não é unânime, nem mesmo dentro do próprio Tribunal

Superior, tampouco em relação a outros tribunais, como se pode verificar:

CRIMINAL. RESP. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRÁTICA DE OUTROS DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO. RECURSO PROVIDO. I. A aplicação do princípio da insignificância requer o exame das circunstâncias do fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor. Precedente. II. O comportamento do réu, voltado para a prática de pequenos delitos, impede, em princípio, a aplicação do princípio da insignificância. III. Recurso provido, nos termos do voto do relator. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 858.539; Proc. 2006/0080981-8; AC; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson Langoar Dipp; Julg. 22/05/2007; DJU 29/06/2007; Pág. 703)

HABEAS CORPUS. FURTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. REINCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que, para a aplicação do princípio da insignificância, exige-se, além do ínfimo valor do bem subtraído, a avaliação das circunstâncias de caráter subjetivo, especialmente aquelas relacionadas à vida pregressa do paciente, a fim de que não seja estimulada a reiterada prática de furtos de pequeno valor. 2. Ordem denegada. (Superior Tribunal de Justiça STJ; HC 32.729; Proc. 2003/0234865-2; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Paulo Benjamin Fragoso Gallotti; Julg. 03/03/2005; DJU 18/06/2007; Pág. 306)

CRIMINAL. HC. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. ARTIGO 20, CAPUT, DA LEI Nº 10.522/2002. PATAMAR ESTABELECIDO PARA O NÃO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO OU ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. ART. 18, § 1º, DA LEI Nº 10.522/2002. EXTINÇÃO DO CRÉDITO. ORDEM DENEGADA. I. O entendimento desta Corte vem se firmando no sentido de que o princípio da insignificância deve se aplicado com parcimônia, restringindo-se apenas as condutas sem tipicidade penal, desinteressantes ao ordenamento positivo. II. Nos delitos de descaminho, embora o pequeno valor do débito tributário seja condição necessária para permitir a aplicação do princípio da insignificância, o mesmo pode ser afastado se o agente se mostrar um criminoso habitual em delitos da espécie. III. O comportamento do réu, voltado para a prática de reiterada da mesma conduta criminosa, impede a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. IV. Aplicação da execução de crédito tributário do mesmo raciocínio seguido nas hipóteses de apropriação indébita de contribuições previdenciárias - para as quais se adota o valor estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos (art. 1º, I, da Lei nº 9.441/97). V. O caput do art. 20 da Lei nº 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não à extinção do crédito, razão pela qual não se pode se invocado como forma de aplicação do princípio da insignificância. VI. Se o valor do tributo devido ultrapassa o montante previsto no art. 18, § 1º da Lei nº 11.033/2004, que dispõe acerca da extinção do crédito fiscal, afasta-se a aplicação do princípio da insignificância. VII. Ordem denegada. (Superior Tribunal de Justiça STJ; HC 66.316; Proc. 2006/0200877-0; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson Langaro Dipp; Julg. 28/11/2006; DJU 05/02/2007; Pág. 307)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 337 - A, INCISO I, E 297, § 4º, DO CÓDIGO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 1. Não se aplica o princípio da insignificância aos crimes previstos nos art. 297, § 4º e 337 - A do Código Penal, porquanto os bens tutelados in casu, quais sejam, a administração e a fé pública, não são aferíveis em valores monetários. 2. No momento do recebimento da denúncia vigora o princípio in dubio pro societatis, de sorte que, havendo prova da materialidade e indícios da autoria delituosa e verificando que a peça acusatória preenche os requisitos exigidos no art. 41 do Código de Processo Penal, deve o magistrado recebê-la e dar início à ação penal. 3. Ainda que monetariamente o valor do bem atingido pela prática criminosa seja considerado ínfimo, a jurisprudência não tem recomendando a aplicação do princípio da insignificância se o agente demonstra contumácia naquela determinada prática criminosa. 4. Afastada a aplicação do princípio da insignificância e verificados nos autos prova da materialidade e indícios da autoria delituosa, a denúncia deve ser recebida. 5. Recurso ministerial provido. (TRF 03ª R.; RSE 4684; Proc. 2004.61.06.009069-3; SP; Segunda Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Paulo Pupo; DJU 24/08/2007; Pág. 592) CP, art. 297 CP, art. 337 CPP, art. 41

No que concerne ao crime de furto, é quase unanimidade o seu cabimento, graças à mais fácil valoração do bem jurídico agredido, vez que sempre possuirá valor econômico

auferível e que é praticado sem violência ou grave ameaça. Assim, tanto Supremo Tribunal Federal como Superior Tribunal de Justiça o reconhecem, senão veja-se:

1. AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. INEXISTÊNCIA. DELITO DE FURTO. Subtração de garrafa de vinho estimada em vinte reais. Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Extinção do processo. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser extinto o processo da ação penal, por atipicidade do comportamento e conseqüente inexistência de justa causa. 2. AÇÃO PENAL. Suspensão condicional do processo. Inadmissibilidade. Ação penal destituída de justa causa. Conduta atípica. Aplicação do princípio da insignificância. Trancamento da ação em habeas corpus. Não se cogita de suspensão condicional do processo, quando, à vista da atipicidade da conduta, a denúncia já devia ter sido rejeitada. (Supremo Tribunal Federal STF; HC 88.393-1; RJ; Segunda Turma; Rel. Min. Cezar Peluso; Julg. 03/04/2007; DJU 08/06/2007; Pág. 47)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO E REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO AGENTE. RECURSO PROVIDO. 1. O poder de resposta penal, positivado na Constituição da República e nas Leis, por força do princípio da intervenção mínima do Estado, de que deve ser expressão, " (...) só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas" (Francisco de Assis Toledo, in Princípios Básicos de Direito Penal). 2. O princípio da insignificância é, na palavra do Excelso Supremo Tribunal Federal, expressão do caráter subsidiário do Direito Penal, e requisita, para sua aplicação, a presença de certas circunstâncias objetivas, como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3. Recurso provido. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 792.973; Proc. 2005/0179656-0; RS; Sexta Turma; Rel. Min. Hamilton Carvalhido; Julg. 18/12/2006; DJU 03/09/2007; Pág. 235)

HABEAS CORPUS. Tentativa de furto de um frasco de xampu e outro de condicionador. Trancamento. Princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Pedido prejudicado em razão do julgamento do HC nº 43.513/SP. (Superior Tribunal de Justiça STJ; HC 43.988; Proc. 2005/0076192-9; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Paulo Benjamin Fragoso Gallotti; Julg. 10/04/2007; DJU 21/05/2007; Pág. 617)

Ademais, o STJ, analisando o valor dos bens furtados e a necessidade de repreensão dessas condutas delitivas menores, proferiu em acórdão o trecho que segue *infra* transcrito:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. ESTELIONATO. OFENSA AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. LESÃO PATRIMONIAL DE PEQUENO VALOR, PORÉM RELEVANTE. PRECEDENTES. 1. Não ocorre violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, porquanto as alegadas omissões no julgado restaram devidamente tratadas no acórdão recorrido. 2. A inexistência do prequestionamento explícito ou numerário, ao contrário do alegado pelo Recorrente, não prejudica o exame do Recurso Especial, uma vez que a jurisprudência desta Corte admite o prequestionamento implícito. 3. A conduta perpetrada pela agente não pode ser considerada irrelevante para o direito penal. A vantagem ilícita obtida - no valor de R\$ 80,00 -, muito embora não expresse intensa agressão ao patrimônio da vítima, não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela. 4. Ainda que, na

hipótese, o delito seja de pequena gravidade, não pode ser tido como um indiferente penal, na medida em que a falta de repressão de tais condutas representaria verdadeiro incentivo a pequenos delitos que, no conjunto, trariam desordem social. 5. Recurso provido para, afastando a aplicação do princípio da insignificância, cassar o acórdão recorrido e a sentença absolutória de primeiro grau. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 696.440; Proc. 2004/0139808-7; RS; Quinta Turma; Rel^a Min. Laurita Hilário Vaz; Julg. 14/06/2007; DJU 06/08/2007; Pág. 616) CPP, art. 619

Em se tratando de roubo, apesar do pensamento aqui esposado acerca da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, a jurisprudência entende que não é possível sua incidência, fundamentando que se trata de crime pluriofensivo praticado com violência ou grave ameaça. A seguir, decisões do STJ e dos TJ's do Distrito Federal e do Ceará, respectivamente, nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DELITO COMPLEXO. PLURALIDADE DE BENS JURÍDICOS OFENDIDOS. RELEVÂNCIA DA LESIVIDADE PATRIMONIAL. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA DENEGADO COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE DO DELITO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. 1. Não há como aplicar, aos crimes de roubo, o princípio da insignificância - causa supralegal de exclusão de ilicitude -, pois, tratando-se de delito complexo, em que há ofensa a bens jurídicos diversos (o patrimônio e a integridade da pessoa), é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. Precedentes. 2. A prisão cautelar, em razão do princípio constitucional da inocência presumida, necessita da demonstração dos elementos objetivos, indicativos dos motivos concretos autorizadores da medida constritiva, e exige a individualização dos seus fundamentos ao acusado. 3. Argumentos abstratos, desprovidos de qualquer suporte fático, não podem respaldar a prisão cautelar, a qual somente poderá ser justificada por motivação válida e aliada a um dos requisitos legalmente previstos. Precedentes do STJ. 4. Ordem concedida em parte tão-somente para relaxar a prisão em flagrante dos Pacientes, com a conseqüente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos. (Superior Tribunal de Justiça STJ; HC 60.185; Proc. 2006/0117708-9; MG; Quinta Turma; Rel^a Min. Laurita Hilário Vaz; Julg. 03/04/2007; DJU 07/05/2007; Pág. 340)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. GRAVE AMEAÇA E VIOLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE DES-CLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. VALOR IRRISÓRIO DA RES FURTIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (ART. 59 DO CP). PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Comprovado que houve o cometimento do crime de roubo, a condenação é medida que se impõe. 2. A jurisprudência pátria informa que o princípio da insignificância, ainda que a Res furtiva seja de valor irrisório, não pode ser aplicado a crimes perpetrados mediante violência ou grave ameaça. Por essas mesmas razões, não há se falar também em desclassificação do delito para ao crime de furto. 3. Em sendo desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do CP, adequada a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal. 4. No confronto entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, prevalece esta última, conforme expressa disposição do art. 67 do CP. 5. Recurso conhecido e improvido. (TJ-DF; ACr 2006.07.1.004877-2; Ac. 276307; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. Silva Lemos; DJU 06/09/2007; Pág. 156) CP, art. 59 CP, art. 67

PENAL. ROUBO. CONTRAVENÇÃO DE MENDICÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DESCABIDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

CRIME PRATICADO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA. CONDENAÇÃO MANTIDA. FIXAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO EM ABSTRATO. REDUÇÃO DESCABIDA. 1. Evidenciando a prova dos autos ter o agente, com a intenção de apossar-se da coisa alheia para tê-la como própria, empregado grave ameaça contra a vítima, está caracterizado o crime de roubo (art. 157 do C.P.) e não mera contravenção de mendicância, a qual representa o simples ato de pedir servilmente esmolas, por ociosidade ou cupidez, apesar de apto para o trabalho. 2. O princípio da insignificância não pode ser aplicado nos casos de delitos praticados mediante o uso de violência, ainda que ínfimo o valor do objeto roubado. 3. Fixada a pena-base, bem como a fração de aumento constante do art. 157, § 2º, inc. I, do C.P., nos mínimos legais previstos abstratamente para a espécie, não deve prosperar a pretensão recursal de ver reduzida a reprimenda in concreto. 4. Recurso improvido. (TJ-CE; ACr 2000.0015.6120-1/0; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha; Julg. 25/01/2005) CP, art. 157

Quanto aos delitos de lesões corporais, é indubitável a possibilidade de reconhecimento da insignificância do resultado, desde que de natureza leve, por óbvio, e praticada culposamente.

Inclusive, foi julgando hipótese de aplicabilidade da insignificância em lesão corporal, que o Supremo Tribunal Federal aplicou, em 1988, pela primeira vez na história da corte, o princípio da insignificância em um caso concreto, em razão de ínfima lesão corporal provocada por acidente de trânsito.⁶¹ Vejamos:

ACIDENTE DE TRANSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. Se a lesão corporal (pequena esquimose) 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. (STF; RHC 66.869-1; 2ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho; Julg. 06.12.1988)

Em relação aos delitos de natureza militar, com a devida vênia dos que não aceitam a aplicação do princípio da insignificância em delitos como tais, tem-se como incontestável, até mesmo porque expresso o permissivo no próprio Código Penal específico, como já se demonstrou, ao contrário do que ocorre no relativo às infrações penais comuns, em que resta implícito no ordenamento jurídico. Nesse sentir o STF já teve oportunidade de se manifestar:

DECISÃO. RENOVADO O PEDIDO DE VISTA DO MINISTRO CARLOS BRITTO, DE ACORDO COM O § 1º. DO ART. 1º, IN FINE, DA RESOLUÇÃO N. 278/2003. 1ª. TURMA, 04.04.2006. DECISÃO. ADIADO O JULGAMENTO POR INDICAÇÃO DO MINISTRO CARLOS BRITTO. 1ª. TURMA, 18.04.2006. DECISÃO. PROSEGUINDO O JULGAMENTO, APÓS A RETIFICAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO EROS GRAU, A TURMA, POR MAIORIA DE VOTOS, DEFERIU O PEDIDO DE HABEAS CORPUS. VENCIDO O MINISTRO CARLOS BRITTO, QUE O INDEFERIA. NÃO PARTICIPARAM, JUSTIFICADAMENTE, DESTA JULGAMENTO OS MINISTROS MARCO AURÉLIO E RICARDO LEWANDOWSKI. 1ª. TURMA, 29.08.2006. EMENTA. HABEAS CORPUS. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQÜÊNCIAS DA AÇÃO

⁶¹ Silva, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 140.

PENAL. DESPROPORCIONALIDADE. 1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar. 2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário. 3. A manutenção da ação penal gerará graves conseqüências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida. (Supremo Tribunal Federal STF; HC 87.478-9; PA; Primeira Turma; Rel. Min. Eros Grau; Julg. 07/03/2006; DJU 23/02/2007; Pág. 25)

Nos crimes de moeda falsa, malgrado acreditar-se na possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, a maioria dos tribunais entende que este é incabível em qualquer hipótese, pois agride a fé pública, em tese insuscetível de valoração. Assim decidem os colegiados:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. MOEDA FALSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. 1. Inaplicabilidade do princípio da insignificância quando o bem jurídico tutelado é a fé pública, não podendo ter como parâmetro, na sua aplicação, a quantidade de cédulas apreendidas. 2. Recurso provido. (TRF 01ª R.; RecCr 2005.35.00.018171-2; GO; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz; Julg. 21/08/2007; DJU 06/09/2007; Pág. 89)

MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. NEGATIVA DE AUTORIA. INSUFICIENTE. DOLO CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. A simples negativa de autoria não pode prevalecer ante o conjunto probatório em sentido contrário, que demonstra a consciente prática do ilícito. 2. Configurado o elemento volitivo caracterizador do dolo na conduta do agente, através do conjunto probatório dos autos, tem-se por demonstrado o crime de moeda falsa. 3. Inaplicável o princípio da insignificância, uma vez que o bem jurídico tutelado pela norma penal é a fé pública, ou seja, a credibilidade que a coletividade deve ter na autenticidade da moeda, que não pode ser mensurado pelo valor ou quantidade de cédulas contrafeitas apreendidas (TRF 04ª R.; ACr 2002.70.03.000954-5; PR; Sétima Turma; Rel. Juiz Fed. Luiz Carlos Canalli; Julg. 31/07/2007; DEJF 05/09/2007; Pág. 756) CP, art. 289

PENAL. MOEDA FALSA. INOCORRÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL À VISTA DO LAUDO PERICIAL QUE ATESTA QUE A FALSIFICAÇÃO NÃO É GROSSEIRA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. Improvimento da apelação que se impõe. Caracteriza-se o crime de moeda falsa quando a falsidade da moeda é suficiente para enganar ao cidadão comum, hipótese confirmada por laudo pericial, não sendo possível falar-se em falsificação grosseira. Não se aplica o princípio da insignificância quando o bem tutelado é a fé pública, sendo irrelevante a quantidade da moeda falsa usada no crime. Apelação improvida (TRF 05ª R.; ACR 4916; Proc. 2005.81.00.012963-4; CE; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Lázaro Guimarães; Julg. 15/05/2007; DJU 21/06/2007; Pág. 1449)

Vale ressaltar, por oportuno, a decisão do TRF da 1ª Região, abaixo colada, que absolveu o autor de falsificação de moeda em razão do ínfimo valor da ofensa à fé pública, nos moldes aqui defendidos. Veja-se:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. MOEDA FALSA (ART. 289 DO CP). MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. O objeto jurídico do crime de moeda falsa é

a fé pública. É inconcebível a condenação daquele que tentou introduzir em circulação uma só nota de R\$ 50,00 (cinquenta reais). A pena mínima in abstracto para o delito em questão é de 03 (três) anos de reclusão. Decisão proporcional à ofensividade da conduta perpetrada pelo réu, para se reconhecer a insignificância da mesma. (TRF 01ª R.; ACr 2002.35.00.006594-4; GO; Terceira Turma; Rel. Juiz Fed. Tourinho Neto; Julg. 21/08/2007; DJU 31/08/2007; Pág. 12) CP, art. 289

Por fundamento semelhante ao utilizado pela maioria da jurisprudência na questão da inadmissibilidade de configuração de eventual insignificância na infração de moeda falsa, entende-se, jurisprudencialmente, que não cabe a aplicação de tal princípio no peculato, em face de o bem jurídico afetado, moral administrativa, não ser passível de mensuração, posição esta que, como se viu, não é corroborada por este estudo. O STJ decidiu que:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. 2. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. 3. Recurso provido para determinar o prosseguimento da ação penal. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 655.946; Proc. 2004/0060009-1; DF; Quinta Turma; Relª Min. Laurita Hilário Vaz; Julg. 27/02/2007; DJU 26/03/2007; Pág. 273)

Para os crimes ambientais, separou-se duas decisões sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância. A primeira, oriunda do TRF da 2ª Região, inadmite a incidência do princípio em qualquer caso. Já a segunda considera possível sua aplicação, fazendo a ressalva contra a sua banalização, nos exatos termos defendidos no ponto anterior deste trabalho. A seguir, respectivamente, as jurisprudências mencionadas:

PENAL. CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 34 DA LEI Nº 9.605/98. ESPÉCIE DE CAMARÃO DO MAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PORTARIA Nº 21 DE 11/02/99 DO MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. PESCA NO PERÍODO DO DEFESO. DESCONHECIMENTO DA ILICITUDE. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICAVÉL. I. A pesca predatória em mar territorial (art 20, VI, CF) evidencia lesão a bens, serviços ou interesses da União. Competência da Justiça Federal. II. Inaplicável o princípio da insignificância na espécie. A quantidade de camarões apreendidos não desnatura o delito descrito no art. 34 da Lei nº 9.605/98, que pune a atividade durante o período em que a pesca seja proibida ou em locais interditados, certo que a pesca predatória acarreta dano ambiental. III. Alegações de bons antecedentes e primariedade, por si sós, não devem ser consideradas como circunstâncias, supostamente determinantes da prática delituosa, tampouco como fatores aptos a justificar a redução especial de pena ou absolvição do réu. IV. Recurso improvido. (TRF 02ª R.; ACr 2000.51.03.001280-4; RJ; Primeira Turma Especializada; Rel. Des. Fed. Sergio Feltrin Correa; Julg. 11/04/2007; DJU 10/07/2007; Pág. 396)

PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA QUE IMPUTA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 34, INC. II DA LEI Nº 9.605/98. PRETENDIDA INCRIMINAÇÃO DE PESCADOR AMADOR QUE FOI SURPREENDIDO RECOLHENDO REDES DE PESCA NAS ÁGUAS DO LAGO DA USINA HIDRELÉTRICA DE ILHA SOLTEIRA, FORMADA PELA BARRAGEM NO RIO PARANÁ. DECISÃO JUDICIAL QUE REJEITA A DENÚNCIA APLICANDO O "PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA". DESCABIMENTO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. 1. Efetiva apreensão

pela fiscalização ambiental de duas redes medindo 50 e 60 metros cada uma, com 1,60 metros de altura e com "malhas" de 70 milímetros, pertencentes ao denunciado e na ocasião em que o mesmo as utilizava nas águas, já tendo delas se servido para apanhar uma certa quantidade de peixes, como, aliás, o próprio recorrido confirmou em suas declarações prestadas na repartição policial meses depois da diligência (fls. 24/25). 2. No Direito Ambiental vige o chamado "princípio da precaução", a sugerir extremada importância para ações antecipatórias contra a ocorrência do dano ambiental, recomendando cuidados preventivos. Referido princípio, a nosso ver, lança efeitos mesmo no âmbito do Direito Penal Ambiental, sugerindo que o chamado "princípio da insignificância" apenas muito excepcionalmente seja levado em conta, pois uma correta política de proteção ao meio ambiente - e o Direito Penal foi chamado a fazer parte dela - não pode se limitar a problemática eliminação dos prejuízos já causados, sobrelevando-se, em matéria de meio ambiente, a necessidade de proteção contra o risco; e nesse passo o Direito Penal, sob o aspecto da chamada "prevenção geral" que a repressão criminal provoca, pode contribuir eficazmente para evitar condutas lesivas futuras. Ora, se a degradação do meio ambiente deve ser antes evitada, do que remediada, é de todo conveniente que no âmbito da repressão criminal de comportamentos passíveis de causação de dano ambiental não se leve popularize, ou melhor, não se vulgarize, a suposta "insignificância" de alguma conduta; 3. Recurso provido para determinar o processamento regular da denúncia. (TRF 03ª R.; RSE 4535; Proc. 2004.61.24.001780-3; SP; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Johnson Di Salvo; DJU 21/08/2007; Pág. 567)

Sustentam, ainda, os juízes e tribunais, a possibilidade de aplicação do princípio em casos de descaminho e apropriação indébita previdenciária, estabelecendo, todavia, entre si, divergência em relação aos parâmetros diversos de valoração da insignificância. Veja-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE RESTAURAÇÃO DE AUTOS. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. A ação de habeas corpus não é adequada à veiculação do pedido de restauração de autos. 2. O Estado-juiz não pode ordenar ao Ministério Público, titular da ação penal pública, que adite a denúncia, sob pena de violentar o direito de ação. 3. Não é inepta a denúncia que, imputando a prática do crime de descaminho, não aponta o valor do tributo devido e não recolhido. 4. Em tema de descaminho, aplica-se o princípio da insignificância somente se o valor dos tributos não recolhidos for de até R\$ 100,00 (cem reais), quantum previsto no art. 18, § 1º, da Lei no 10.522/2002. 5. Ordem denegada. (TRF 03ª R.; HC 25407; Proc. 2006.03.00.084695-8; SP; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Nilton Agnaldo Moraes dos Santos; DJU 31/08/2007; Pág. 400)

PENAL. DESCAMINHO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. REQUISITO OBJETIVO ATENDIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ANTECEDENTES NA CONDOTA. APLICABILIDADE. 1. Para o reconhecimento do crime de bagatela, deve se considerar tão-somente o valor da afetação ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, apresentando-se irrelevantes circunstâncias de caráter eminentemente subjetivo, especialmente àquelas relacionadas à vida pregressa e ao comportamento social do agente. Precedentes do STF, STJ e 4ª Seção do TRF4R. 2. De acordo com a orientação adotada pela 4ª Seção desta Corte, aplica-se o princípio da insignificância quando o valor do tributo iludido não exceder a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). (TRF 04ª R.; RecCrSE 2007.70.01.001082-5; PR; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz; Julg. 29/08/2007; DEJF 05/09/2007; Pág. 785)

CRIMINAL. HC. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ARTIGO 20, CAPUT, DA LEI Nº 10.522/2002. PATAMAR ESTABELECIDO PARA O NÃO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO OU ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO ULTRAPASSADO. ART. 18, § 1º, DA LEI Nº 10.522/2002. EXTINÇÃO DO CRÉDITO NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA. I. O entendimento desta Corte vem se firmando no sentido de que o princípio da

insignificância deve se aplicado com parcimônia, restringindo-se apenas as condutas sem tipicidade penal, desinteressantes ao ordenamento positivo. II. Nas hipóteses de apropriação indébita de contribuições previdenciárias se adota o valor estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos (art. 1º, I, da Lei nº 9.441/97). III. O caput do art. 20 da Lei nº 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não à extinção do crédito, razão pela qual não se pode se invocado como forma de aplicação do princípio da insignificância. IV. Se o valor do tributo devido ultrapassa o montante previsto no art. 18, § 1º da Lei nº 10.522/2002, que dispõe acerca da extinção do crédito fiscal, afasta-se a aplicação do princípio da insignificância. V. Ordem denegada. (Superior Tribunal de Justiça STJ; HC 73.534; Proc. 2006/0283727-0; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson Langaro Dipp; Julg. 10/05/2007; DJU 18/06/2007; Pág. 290)

PENAL E PROCESSO PENAL. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA E ALEGAÇÕES FINAIS. FACULDADE DO ADVOGADO. TESES DE DEFESA. IMPRESCINDIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. NULIDADE. INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ABSOLVIÇÃO. 1. Por se tratar de mera faculdade do advogado, pode o defensor constituído deixar de apresentar defesa prévia ou alegações finais, mas é imprescindível que em algum momento do processo venha o advogado a apresentar teses de defesa, ainda que frágeis ou conflitantes. 2. Processo sem teses de defesa é processo sem defesa técnica, é processo nulo por violação aos elementares princípios da ampla defesa e do contraditório. 3. Constatada nulidade absoluta, caracterizada pela inexistência de defesa - falta de apresentação de qualquer tese - impõe-se a anulação da sentença, com retorno dos autos à Vara de origem, para que sejam apresentadas as alegações finais pelo procurador da parte ou por defensor nomeado para o ato. 4. Consoante entendimento firmado por esta Corte, para fins de aplicação do princípio da insignificância aos crimes de omissão de recolhimentos de contribuições previdenciárias, utiliza-se o limite definido na Portaria nº 4.943, de 04 de janeiro de 1999, com a redação dada pela Portaria nº 1.103, de 30 de julho de 2003, ambas do Ministério da Previdência e Assistência Social, no valor de R\$ 5.000,00. 5. Excluída a tipicidade da conduta pela aplicação do princípio da insignificância, não merece reforma a sentença absolutória com base no art. 386, III, do CPP. (TRF 04ª R.; ACr 2003.72.03.000303-5; SC; Sétima Turma; Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro; Julg. 21/08/2007; DEJF 05/09/2007; Pág. 735) CPP, art. 386

Já no que tange ao estelionato contra o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, a regra geral é a inaplicabilidade do princípio da insignificância, como se pode vislumbrar abaixo:

PENAL. PROCESSO PENAL. PECULATO. SEGURO-DESEMPREGO. PERCEPÇÃO INDEVIDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. I - Inaplicável o princípio da insignificância, pois que não se deve consagrar entendimento da aplicação deste princípio nos casos de infração penal de menor valor contra o seguro-desemprego, uma vez que essa modalidade de fraude tem como padrão o recebimento de valores por cinco meses, no máximo, que é o período de duração do benefício, sendo que, na grande maioria dos casos, os valores percebidos não chegam ao limite fixado para a execução dos débitos fiscais. II - Utilizar-se do princípio da insignificância seria incutir na população a falsa idéia de que lesar o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT não constitui ilícito penal. III - Recurso provido. (TRF 01ª R.; RecCr 2003.38.03.005747-6; MG; Terceira Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo; Julg. 24/07/2007; DJU 10/08/2007; Pág. 41)

Estão expostos acima, como se viu, os principais entendimentos dos mais diversos tribunais pátrios acerca do princípio da insignificância. Existem posições pacíficas sobre determinadas matérias, bem como visões diametralmente opostas em relação a outras, e isso

se dá principalmente devido ao fato de não existir regulamentação positivada expressa, deixando-se margem às mais variadas interpretações.

De qualquer forma, percebe-se que, apesar de algumas recalcitrâncias, há um esforço natural no sentido de reconhecer a sua aplicação na maioria dos tipos penais previstos no ordenamento, o que auxilia na busca de um Direito Penal Mínimo que, por sua vez, se coaduna com os ideais da dignidade da pessoa humana, justiça e eficácia do Direito Penal em si.

CONCLUSÃO

A sociedade deve se alertar que é no Direito Penal Mínimo que se pode encontrar o bem-estar, a paz e a tranqüilidade sociais, opostamente ao que ela mesma imagina. Não é tipificando e punindo todos os comportamentos anti-sociais que se vai conseguir a diminuição da criminalidade e da impunidade. Pelo contrário, isso só prejudicaria o sistema judiciário penal, o que, aliás, já está acontecendo.

Nos últimos anos, vê-se, de camarote, o crescimento da teoria do Direito Penal do Inimigo, difundida por Günther Jakobs, vertente do Direito Penal Máximo, nos mais diversos ordenamentos globais. Segundo esse pensamento, o Direito Penal deve atuar tanto para reprimir como para prevenir práticas delituosas. Desta forma, eleger-se-ia um inimigo por critérios puramente políticos sobre o qual o ramo jurídico penal poderia atuar com toda a sua força e despido dos direitos e das garantias conferidas aos delinqüentes em geral.

Apesar de muito atrativa teoricamente, na prática torna-se perigosíssima nas mãos de um governante mal intencionado, posto que o conceito de inimigo é absurdamente vago, de forma a permitir interpretações diversas.

A tese abolicionista, para a qual a solução era o banimento do Direito Penal do ordenamento jurídico, por outro lado, é desprovida tanto de possível eficácia prática como de embasamento convincente, pois há determinados bens jurídicos, como a vida, de tamanho valor social que não se imagina outro tipo de proteção a eles senão a ofertada pelo ramo penal.

Na verdade, portanto, o Direito Penal deve se ocupar das condutas que malferem bens jurídicos de considerável importância para a sociedade, para que possa, na proteção destes, dar eficácia a seus próprios preceitos, deixando ao ramos jurídicos remanescentes a tarefa de tutelar os bens de menor relevância social. É na atuação moderada do Direito Penal que está a solução de sua mais eficaz existência.

O princípio da insignificância, desta forma, conjugado com outros princípios como o da intervenção mínima, da fragmentariedade, da lesividade, da adequação social, da proporcionalidade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, daria ao Direito Penal um sentido minimalista, conforme os ditames de efetiva justiça.

Estariam no ordenamento para limitar tanto o legislador, na oportunidade de criação da norma penal, como o aplicador do Direito, quando da sua atividade jurisdicional, no que concerne ao âmbito de atuação do Direito Penal, de forma a evitar abusos e desproporcionalidade.

O princípio da insignificância, mais especificamente, atua como auxiliar interpretativo na aplicação do tipo penal já existente e, *a priori*, apto a incidir no caso concreto, de forma a evitar que o Direito Penal tutele bens jurídicos que, apesar de protegidos pela norma criminal em tese, na prática tem pouco ou nenhum valor social, de forma a ocasionar a atipicidade do fato.

Quanto à necessidade e importância do princípio da insignificância, há quase uma unanimidade. A grande maioria dos doutrinadores e dos julgadores admite que referido princípio esteja previsto das entrelinhas da lei pátria, auxiliando na regulação das relações jurídico-penais.

A controvérsia maior está na sua aplicação prática.

A questão da mensuração da insignificância do bem e/ou da conduta é um dos fatores de dissidência entre os estudiosos e os intérpretes das regras penais. De fato, a problemática da avaliação do bem jurídico para fins de eventual incidência do princípio em comento é bastante complicada.

Nos bens jurídicos em que se possa auferir valor patrimonial, é simples apenas a análise dos extremos aceitáveis. Não há dúvida de que no furto de um pirulito é passível a aplicação do princípio da insignificância, enquanto que no de um *notebook* seria ela inadmissível.

Se for o caso, todavia, por exemplo, de uma nota de cinquenta reais, aparecerão posicionamentos de ambos os lados. Alguns admitirão a hipótese da insignificância ao passo que outros a refutariam.

Nossa Corte Suprema, em análise a caso concreto, deixou entrever que considera insignificantes os bens jurídicos que não atinjam o valor somado de 10% (dez por cento) do salário mínimo, não sendo, entretantes, um parâmetro para seguimento dos tribunais inferiores.

Nos bens jurídicos que não possuem valor patrimonial a situação é mais difícil. Na ofensa à integridade física ou à honra, *v.g.*, a dificuldade de expressão da insignificância de uma determinada conduta é ainda maior do que a de agressão a bens patrimoniais, vistos a pouco.

Desta feita, percebe-se que, nesses casos, o magistrado deve valer do seu juízo de bom-senso e do conceito de razoabilidade para estabelecer seus critérios de aplicação do princípio da insignificância, observando as circunstâncias do caso concreto e os costumes da sociedade.

Malgrado toda essa instabilidade, tem-se como pacífica a impossibilidade de aplicação da insignificância a determinados crimes cuja ofensa a bem jurídico é tão grave que o bem agredido jamais terá valor social ínfimo, de que são exemplos os delitos contra a vida e contra a liberdade sexual.

Outra questão relevante é das hipóteses de cabimento da aplicação do princípio da insignificância. Já se viu, logo acima, que, graças à enorme relevância social, por si só, da vida e da liberdade sexual, qualquer crime que atente contra esses bens jurídicos está despido da possibilidade de análise de ocorrência do princípio *supra*.

Todavia, aqui também, os pensamentos divergentes são inúmeros.

O roubo e o peculato, por exemplo, para muitos, inclusive para a jurisprudência majoritária, são de insuscetível análise acerca da insignificância, posto que considerados crimes pluriofensivos, ou seja, que afetam mais de um bem jurídico mediante uma só ação.

Ademais, nos crimes onde se observa a ocorrência de violência ou grave ameaça, em qualquer hipótese, seria impossível a discussão acerca de eventual incidência de princípio da insignificância.

Todavia, defende-se que neles também é possível a observação da insignificância, desde que se proceda a um estudo que ateste ínfima lesividade a todos os bens jurídicos atingidos pela conduta.

Nos crimes contra a Fazenda Pública, como descaminho e sonegação de tributos e contribuições previdenciárias, por exemplo, também se admitiria verificação de eventual insignificância, em caso de mínima ofensa ao patrimônio estatal, ao contrário do que alguns pregam.

Admite-se, outrossim, aplicação da insignificância no caso de lesão corporal culposa cujo resultado acarrete em mínimo prejuízo à integridade física da vítima.

Apesar de se reconhecer que boa parte da jurisprudência aduz que as circunstâncias de caráter subjetivo não devem influir na valoração da insignificância do bem jurídico para fins de determinação da atipicidade, o reincidente, entretanto, de diversas infrações de pouca monta, não deve ser beneficiado pelo princípio em comento, como se viu, pois estaria se utilizando desta saída legal para praticar impunemente seus mini-delitos.

Os juízes e tribunais pátrios, no silêncio da lei para a grande maioria dos questionamentos, é que vão estabelecendo os delineamentos da aplicação do princípio da insignificância aos casos concretos, firmando jurisprudências uniformes ou não, dependendo do entendimento que cada um tenha sobre o assunto específico tratado.

Enfim, como se pode depreender, o estudo do princípio da insignificância é bastante complexo, não estando nem de longe aqui exaurido. Sua importância é indelével para a busca de uma sociedade mais justa e de um Estado mais eficaz no que concerne ao tratamento da matéria penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Flávio Roque da Silva. *O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir*. Revista dos Tribunais, v. 882, ano 98, abril de 2009, p. 339-376.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. I.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo, moções e críticas*. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I.

CARVALHIDO, Ramon. *O princípio da Insignificância do Direito Penal*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4962/O-principio-da-insignificancia-no-Direito-Penal>. Acesso em: 14.03.2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Cível. Meios de Impugnação à decisões judiciais e a processo nos tribunais*. 3. Ed. São Paulo: Editora Podvum, 2007. Vol. 3.

FRANÇA, Edilson. *Princípio da insignificância*. Disponível em: <http://www.franklinjorge.com/blog/2009/04/08/principio-da-insignificancia/>. Acesso em: 10.05.2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Critérios determinantes do princípio da insignificância*. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041108121843523p. Acesso em: 12.03.2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 5. Ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Vol. I.

_____. *Direito Penal do Equilíbrio*. 4. Ed., revista, atualizada e ampliada. Niterói: Impetus, 2009.

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

MARCHI JÚNIOR, Antonio de Padova. *Abolicionismo criminal*. Disponível em: www.direito.penal.adv.br. Acesso em: 10. 05.2009.

MELO FILHO, Álvaro. *Metodologia do Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal - Parte geral*. 4. Ed. São Paulo: Método, 2008. Vol. 1.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Vol. I.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Breves considerações sobre o princípio da insignificância*. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/261/530>. Acesso em: 12.03.2009.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. *A aplicação do princípio da insignificância no roubo é possível?* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10012>. Acesso em: 14.03.2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

WILLEMANN, Zeli José. *O princípio da insignificância no Direito Ambiental*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6753>. Acesso em: 12.03.2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.