

INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

ANDRÉ CARIAS DE ARAUJO

LINEAMENTO ESTRUTURAL DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E ANÁLISE
EVOLUTIVA DE SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Curitiba

2004

ANDRÉ CARIAS DE ARAUJO

LINEAMENTO ESTRUTURAL DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E ANÁLISE
EVOLUTIVA DE SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Monografia apresentada no Curso de
Especialização em Direito Penal e
Criminologia, do Instituto de
Criminologia e Política Criminal.

Orientador: Professor Juarez Cirino
dos Santos.

Curitiba

2004

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	6
3. FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	10
3.1 Equidade	10
3.2 Princípio da liberdade.....	10
3.3 Princípio da proporcionalidade da pena	11
3.4 Princípio da intervenção mínima	11
3.5 Princípio da fragmentariedade	14
3.6 A subsidiariedade do Direito Penal	16
4. MEIO DE ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL – A TIPICIDADE.....	18
4.1 Evolução da tipicidade no Direito Penal e a relação tipo-antijuridicidade.....	18
4.2 A concepção material do tipo penal	22
5. O BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL	25
5.1 Definição e importância do bem jurídico para o Direito Penal.....	25
5.2 Finalidade do bem jurídico e seu conteúdo material	26
5.3 Bem jurídico penal e Constituição	29
6. OBJEÇÕES AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	32
6.1 Imprecisão terminológica	32
6.2 Ausência de previsão legal	33
6.3 A dificuldade de valoração da ofensa nos delitos formais e de mera conduta.....	35
6.4 A previsão legal de tipos privilegiados, contravenções penais e infrações de menor potencial ofensivo (previsão legislativa residual)	36
6.5 Ausência de resposta jurídica às lesões de direitos.....	36
7. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO.....	38
8. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELOS OPERADORES DO DIREITO.....	41
9. POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DIANTE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	43
9.1 Evolução das decisões acerca do princípio da insignificância nos Tribunais Superiores.....	43
9.1.1 Supremo Tribunal Federal.....	43
9.1.2 Superior Tribunal de Justiça.....	44
9.1.3 Superior Tribunal Militar	52
9.2 Análise da aplicação do princípio da insignificância nas diversas espécies de delito	52
9.2.1 Lesão corporal.....	53
9.2.2 Delito contra a honra	54
9.2.3 Furto.....	54

9.2.4 Dano.....	55
9.2.5 Estelionato.....	56
9.2.6 Apropriação indébita	56
9.2.7 Contrabando e descaminho	57
9.2.8 Sonegação de contribuição previdenciária.....	58
9.2.9 Delitos previstos na Lei nº 6.368/76	58
9.2.10 Delitos contra a fauna (Lei nº 5.197/67)	59
9.2.11 Delitos praticados por Prefeitos Municipais (DECRETO-LEI Nº 201/67).....	60
10. CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o direito penal só deve intervir em último caso, isto é, apenas quando os demais ramos do ordenamento jurídico se revelarem insuficientes para a solução de um determinado conflito. O direito penal é de incidência restrita, de mínima ingerência na vida do cidadão. A proteção penal somente se legitima se for imprescindível para a proteção do bem jurídico.

Sempre que outras formas de sanção se revelarem suficientes para a proteção de um determinado bem jurídico a criminalização da conduta não será legítima. Assim, o esposo que mantém conjunção carnal com outra mulher, que não sua esposa, ou o empregado que subtrai objeto de ínfimo valor do patrão, praticam condutas cuja lesividade não gera a necessidade da intervenção da tutela penal, podendo ser satisfatoriamente punidos no campo cível ou trabalhista. O direito penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, reservando-se para as situações de real gravidade.

Ao princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: subsidiariedade e fragmentariedade. Pela primeira, entende-se que o direito penal só deve ser utilizado quando os demais ramos do direito e os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela.¹ Se existe um recurso mais suave em condições de solucionar de forma satisfatória um conflito, torna-se abusivo e desnecessário aplicar outro mais traumático. A tutela penal deve ser utilizada com parcimônia, face o alto custo social que a pena representa.

Por sua vez, pela característica da fragmentariedade, entende-se que o direito penal exerce uma tutela seletiva de alguns bens jurídicos – aqueles considerados de maior relevância para a sociedade – e os protege por meio da tipificação de condutas que possam agredi-los. O sistema é, portanto, descontínuo, fragmentado.²

¹ Nilo BATISTA (1996, p. 84).

² Hans-Heinrich JESCHECK (2002, p. 57).

Reconhece-se que essa seleção de bens jurídicos, embora excepcional, é realizada sem qualquer critério científico, atendendo apenas às opiniões dominantes da opinião pública, da mídia e das necessidades impostas pelas classes dominantes, como observada por Juarez TAVARES (1992, p. 73-74), em crítica formulada ao sistema de elaboração das normas pelo poder legislativo:

Analisando atentamente o processo de elaboração das normas incriminadoras, a partir primeiramente do dado histórico e depois do objeto jurídico por elas perseguido, bem como o próprio enunciado típicos das ações proibidas ou mandadas, chega-se à conclusão inicial, embora trágica, de que efetivamente, na maioria das vezes, não há critérios para essa elaboração. Isto pode parecer panfletário, á primeira vista, mas retrata fielmente a atividade da elaboração legislativa. Estudos de Haferkamp na Alemanha e Weinberger na França demonstram que, com a institucionalização do poder político, a elaboração das normas se expressa como evento do jogo de poder efetuado no marco das forças hegemônicas atuantes no Parlamento. A norma, portanto, deixaria de exprimir o tão propalado interesse geral, cuja simbolização aparece como justificativa do princípio representativo para significar, muitas vezes, simples manifestação de interesses partidários, sem qualquer vínculo com a real necessidade da nação.

Observa-se, de longa data, que o legislador brasileiro vem desrespeitando na elaboração das leis tanto o princípio da intervenção mínima, como as características da fragmentariedade e da subsidiariedade. A inflação legislativa é avassalante e crescente. A todo momento são elaboradas normas penais sem que se leve em conta a efetiva capacidade das instituições de aplicarem as leis com pertinência, racionalidade e eficácia. A problemática é ainda mais agravada pelo reclamo da sociedade de intervenção do Estado para suprir a falha existente na sua própria organização.

O que se observa é que quando o Poder Público mostra-se incapaz de solucionar os problemas decorrentes da administração ou de fiscalizar um dado fato ou setor, parte para a criminalização de condutas. Torna-se um costume a inserção de novos tipos penais em textos legais concernentes a questões que não exigiriam regulação por parte do direito penal. Exemplos disso podem ser notados na Lei de Locação de Imóveis (Lei nº 8.245/91) e na Lei das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97). A esse respeito, vale citar o entendimento de Reinhart MAURACH e Heinz ZIPF (1994, p. 31):

La experiencia enseña que para la burocracia es mucho más sencillo promulgar un conjunto caótico de leyes, ordenanzas y decretos, sancionando su infracción, en virtud de disposiciones complementarias, con penas criminales, a proceder con la cautela precisa en la regulación de la materia fundamental y amenazar tan sólo los casos graves con penas criminales, evitando en lo posible un divorcio entre norma y conminación penal.

Importante ressaltar, ainda, que a elaboração das normas é realizada de maneira abstrata, objetiva e impessoal, o que ocasiona o alcance de situações de diferentes graus, desde as mais graves, até aquelas de ínfima lesividade. O legislador não dispõe de meios para evitar que tal atividade alcance também os casos leves. Por exemplo, quando se descreve como infração penal no art. 155 do Código Penal “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, incrimina-se tanto o furto de diversos bens de alto valor econômico, quanto a subtração de uma única fruta.

O tipo de furto decorre da fragmentariedade do direito penal, isto é, a fim de proteger o bem jurídico patrimônio, o legislador tipificou a conduta de subtrair coisa alheia móvel. Ocorre que o método abstrato, que tem a vantagem da impessoalidade, traz também uma imperfeição, que é o alcance tanto de condutas relevantes, como das irrelevantes, mesmo possuindo uma descrição taxativa.

Nesse contexto, surge a necessidade de criação de critérios reparadores das falhas do sistema. Somente assim se pode compensar o alcance excessivamente incriminador de hipóteses concretas tão quantitativamente diversas do ponto de vista da danosidade social.

Um desses critérios é representado pelo princípio da insignificância, instrumento de grande relevância para correção dos desvios existentes na legislação penal. Assim como o princípio da adequação social elaborado por WELZEL (1976, p. 83)³, o princípio da insignificância deve ser compreendido como um critério de

³ Segundo a teoria da adequação social, formulada por WELZEL, todo compartimento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afrontar mais o sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo) não pode mais ser considerado crime. Para essa teoria, o direito penal somente tipifica condutas que tenham certa relevância social. Determinadas formas de atividades permitidas não podem ser incriminadas, uma vez que se tornaram consagradas pelo uso histórico, isto é, costumeiro, aceitando-as como socialmente adequadas. Segundo o magistério de Juarez CIRINO DOS SANTOS (2002, p. 37-38) discute-se na doutrina se a adequação social excluiria a tipicidade ou se eliminaria a antijuridicidade de determinadas condutas típicas. Na verdade, a imprecisão do critério da adequação social impõe não aceitá-la nem como excludente da tipicidade, muito menos como causa de justificação, mas sim apenas como um princípio geral de interpretação. Ressalte-se que a teoria da adequação social não pode ser confundida com o princípio da insignificância. Na adequação

interpretação restritivo dos tipos penais, fundado na concepção material do tipo penal.

O princípio da insignificância foi introduzido no sistema penal pela primeira vez em 1964, por Claus ROXIN. Segundo tal princípio, não podem ser consideradas penalmente típicas condutas que, conquanto se amoldem formalmente a um tipo legal, não causem uma ofensa significativa ao bem jurídico protegido pela norma penal. O princípio da insignificância permite excluir de plano pequenas lesões da maioria dos tipos. Afirma Claus ROXIN (2002, p. 47-48):

Maus tratos são uma lesão grave ao bem estar-corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por “violência” não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser “sensível”, para adentrar no marco da criminalidade.

Klaus TIEDMANN chamou-o de princípio da bagatela, excluindo do juízo da tipicidade condutas que se amoldam a determinado tipo penal sob o ponto de vista formal, mas não apresentam relevância material no caso concreto.

Embora não possua previsão expressa no direito brasileiro, o princípio da insignificância é considerado princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. Funda-se no provérbio latino *minima non curat praetor* e na conveniência da política criminal. Os fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade não devem receber uma sanção penal. No tipo penal encontram-se descritos somente os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma.

Partindo-se dessas premissas, realiza-se no presente trabalho uma análise do delineamento estrutural do princípio da insignificância e da evolução das decisões dos Tribunais brasileiros a seu respeito. Inicia-se com a análise de sua definição, passando por um estudo de seus fundamentos, de sua forma de atuação no direito penal e da teoria do bem jurídico. Na seqüência do trabalho, examinam-se as objeções à sua adoção, aponta-se as diferenças, que alguns autores sustentam existir, entre o princípio da insignificância e o da irrelevância penal do fato, e faz-se

social. a conduta deixa de ser punida por não mais ser considerada injusta pela sociedade, na insignificância, a conduta é considerada injusta, mas de pequena lesividade.

um exame da forma de sua aplicação pelos operadores do direito. Por fim, verifica-se as decisões dos tribunais brasileiros acerca do princípio da insignificância, num primeiro momento analisando a evolução de sua aplicação pelos Tribunais superiores e num segundo momento examinando sua aplicação nas diversas espécies de delitos.

2. DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Claus ROXIN⁴ em 1964 enunciou o princípio da insignificância nos seguintes termos:

El viejo principio minima non curat praetor vale en la coacción en especial medida. Las influencias coercitivas sin duración, y las consecuencias que no son dignas de mención, no son socialmente dañosas en sentido material. Quien, por ejemplo, para jugarle una mala pasada a outro le mantiene cerrada la puerta delante de las narices un instante, actúa en forma formalmente inadmisibile. Pero aquí el prejuicio no pesa seriamente, debiéndose negar una perturbación de la vida común ordenada, de modo que excluya una coacción punible. Eso juega un papel importante, especialmente en fugaces ingerencias en el tráfico callejero. En el caso de la amenaza, este principio está ya contenido en la característica legalmente exigida de la 'sensibilidad' del mal.

Francisco de ASSIS TOLEDO (2000, p. 133-134), leva em conta para definir o princípio da insignificância a gradação qualitativa e quantitativa do injusto, permitindo que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal. Assim, afirma o autor:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, parágrafo primeiro, *d*, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco ...

Diomar ACKEL FILHO (1988, p. 74) entende o princípio da insignificância como aquele que permite afastar a tipicidade dos fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovidas de reprovabilidade, de forma que não merecem a valoração da norma penal. A tais ações falta o juízo de censura penal. O mencionado autor, manifestando-se sobre o fundamento e fim do princípio da insignificância, leciona:

⁴ Apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1999). Tratado de derecho penal, parte general, vol. III. Buenos Aires, Ediar, p. 554.

Todavia, um levíssimo arranhão, ainda que ontologicamente constitua lesão no sentido médico-legal é irrelevante para o Direito Penal, que se preocupa apenas com a ofensa efetiva e idônea à integridade corporal ou à saúde. Não é razoável e repugna até o bom senso que se louvando numa interpretação inflexível, pretenda-se, em casos de tal bagatela, proclamar-se a existência de um fato típico, diante da insignificância da lesão. Falta a reprovabilidade do fato, que não tem valor penalmente relevante, devendo ser ressaltado que a conduta típica nunca é isenta de valor, mesmo quando ocorre causa de ilicitude. Afinal, não se pode supor, como mostra WELZEL, que a morte dada a alguém em legítima defesa valha o mesmo que a ação de matar um mosquito.

Carlos Vico MAÑAS (1994, p. 53-54) compreende o princípio da insignificância como uma causa de exclusão da tipicidade. Sustenta o autor que o intérprete, para não atingir fatos que devam ser estranhos ao direito penal por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve analisar o tipo, na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o seu aspecto formal, sob pena de se contrariar a conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando com bagatelas.

Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (2001, p. 562) ressaltam que a tipicidade penal requer sempre alguma gravidade, visto que nem toda ofensa mínima ao bem jurídico é capaz de configurar a necessária afetação requerida pela tipicidade penal. Afirmam os autores:

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada.

Luiz Flávio GOMES (2001a, p. 439-456), ao tratar dos delitos de bagatela, faz uma distinção entre o princípio da insignificância e o da irrelevância penal do fato. Ensina o autor que a diferença entre os dois princípios fundamenta-se no fato de que para o reconhecimento do princípio da insignificância leva-se em conta tão somente o desvalor do resultado, enquanto que para a adoção do princípio da irrelevância penal do fato, indispensável é o reconhecimento cumulativo do desvalor

do resultado, da conduta e da culpabilidade. As conseqüências jurídicas decorrentes da adoção de cada um desses princípios também são diferentes: enquanto o princípio da insignificância exclui a tipicidade do fato, o princípio da irrelevância penal do fato provoca a dispensa de pena, em razão de sua desnecessidade no caso concreto.

Alberto SILVA FRANCO (1982, p. 441), numa das primeiras decisões acerca do princípio da insignificância no Brasil, proferida no ano de 1981, aplicou o referido princípio levando e conta a antijuridicidade material. Decidiu o referido magistrado:

FURTO MÍNIMO – Não basta que uma conduta humana se ajuste a um determinado tipo para que, desde logo, se extraia a conclusão de que, em princípio, tal conduta é ilícita – Urge, ainda, que essa adequação seja completada pela comprovação da antijuridicidade material dessa conduta – Absolvição, por isso, decretada. Apesar da manifestação em contrário da maioria da doutrina brasileira, não se pode atribuir ao conceito de antijuridicidade uma conotação exclusivamente formal, quaisquer que sejam os riscos que se insiram nesse posicionamento (TACrSP, AP nº 283.949, 5ª Câmara Criminal, Rel. Juiz Silva Franco, j. 23.12.81).

Quanto às tentativas de reconhecimento e definição do princípio da insignificância pela legislação pátria, observa-se que estas não foram bem sucedidas.⁵ Na primeira delas, ocorrida com a elaboração da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95), ao invés de se prestigiar o mencionado princípio, efetivou-se a sua eliminação, prevendo-se uma competência jurisdicional específica para o processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo. Tal critério não pode ser compreendido como elemento definidor da insignificância. As infrações de menor potencial ofensivo encontram-se situadas em uma escala intermediária entre as infrações de grande potencial ofensivo e as de nenhum potencial ofensivo.

Na verdade, existe uma diferença entre o princípio da insignificância e os crimes de pouca ou pequena significação. Pelo princípio da insignificância exclui-se a tipicidade do crime por ausência de seu elemento material. Por outro lado, com

⁵ Existe no ordenamento jurídico pátrio, embora limitado à seara militar, a previsão legal do princípio da insignificância. Dentre outros artigos do Código castrense (Decreto-Lei nº 1.001, de 21.10.1969), cita-se o art. 209, parágrafo sexto: “No caso de lesões levíssimas, o Juiz pode considerar a infração como disciplinar”. Cita-se, também, o art. 240, parágrafo primeiro: “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”.

relação aos crimes de pouca ou pequena significação busca-se tão somente uma alternativa processual mais célere e menos gravosa para os agentes desses delitos. Assim, o princípio da insignificância, expresso na lesão de pouca relevância ao bem jurídico atingido pela conduta ilícita, não pode ser confundido com a expressão “infrações de menor potencial ofensivo”, prevista no art. 98, I, da Constituição Federal. Nesse sentido, cita-se o magistério de Maurício Antonio Ribeiro LOPES (2000, p. 227):

A potencialidade ofensiva, como o nome está a indicar, prende-se à faculdade – e portanto é abstrata – de ação lesiva a bem jurídico sobre o qual não existe nenhum juízo de valor – seja relevante ou irrelevante. Adquire um sentido meramente singular e tem – o pior de tudo – reflexos meramente processuais. A irrelevância do bem jurídico na doutrina colacionada, ao contrário, tem uma dimensão plúrima, implicando as conotações sob o prisma da intervenção mínima e da insignificância.

O próprio legislador constituinte escolheu mal a expressão “infrações penais de menor potencial ofensivo”, utilizada no art. 98, I, da Constituição da República, porquanto se a infração é de menor potencial ofensivo, não pode possuir natureza penal.

Carlos Vico MAÑAS (1994, p. 63), após criticar a expressão utilizada na Constituição Federal, sustenta que “de acordo com o princípio da intervenção mínima, e as características da fragmentariedade e subsidiariedade, ao direito penal só cabe intervir nas hipóteses em que a vida em sociedade é atingida de maneira intolerável e grave. Não lhe cabe cuidar, portanto, de pequenas ofensas aos bens jurídicos”.

3. FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3.1 Eqüidade

Pode-se indicar como um dos fundamentos do princípio da insignificância a eqüidade, que, numa de suas diversas concepções, confunde-se com a idéia de justiça absoluta ou ideal, com os princípios gerais de direito, com a idéia do direito, com o direito natural em todas as suas significações.

O agente que pratica uma conduta inexpressiva, mínima, que não causa ofensa significativa ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora não deve, por um sentimento de justiça, sofrer as graves conseqüências da sanção penal.⁶ A esse respeito, veja-se o seguinte julgado:

O princípio da insignificância no Direito Penal tem sido reconhecido pela doutrina e jurisprudência, já que se ajusta à eqüidade, evitando-se graves injustiças, isentando-se de pena o autor de um delito, cuja conduta, por sua pouca expressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal (TACrim-SP, AP nº 1.045.277/1, Rel. João Morengi, j. 28.7.97).

3.2 Princípio da liberdade

A Constituição da República estabelece em pelo menos três momentos como um de seus fundamentos basilares a liberdade da pessoa humana (Preâmbulo; art. 3º, I; 5º, *caput*). No que diz respeito ao direito penal, interessa mais a liberdade física do homem, já que é esta a espécie de liberdade que sofre restrição quando da aplicação da sanção penal. Em um Estado Democrático de Direito, em que a liberdade compõe um dos pilares do sistema, somente se admite possa alguém ser privado dela quando exista necessidade efetiva para isso. Tal entendimento inclui, inclusive, a idéia do estabelecimento de políticas criminais que visem evitar a utilização do cárcere, optando-se por modalidades substitutivas das penas de prisão.⁷

⁶ Diomar ACKEL FILHO (1988, p. 73).

⁷ Mauricio Antonio Ribeiro LOPES (2000, p. 59-60).

3.3 Princípio da proporcionalidade da pena

Eugenio Raúl ZAFFARONI (1999, p. 556) aponta como fundamento do princípio da insignificância o princípio da proporcionalidade da pena. Segundo o referido autor, a pena aplicada deve guardar proporcionalidade em relação ao dano social produzido pelo delito. Dessa forma, nos casos em que o bem jurídico é atingido de forma ínfima, o conteúdo do injusto é tão insignificante que não existe razão para se aplicar uma sanção penal.⁸ Mesmo a aplicação mínima de pena a um caso dessa natureza seria desproporcional à significação social do fato delituoso.⁹ A esse respeito, oportuna a lição de Gustavo L. VITALE (1998, p. 95-96):

Los principios de proporcionalidad y de racionalidad de las penas (como actos estatales) prohíben, entre otras cuestiones, la penalización de las conductas insignificantes, por lo cual los intérpretes están obligados por dichos principios a desconocer la tipicidad material de las acciones socialmente irrelevantes y, por ende, a reconocer su necesaria exclusión del ámbito punitivo por vía de una dogmática penal elaborada sobre la base de normas jurídicas supremas.

Adotando esse entendimento, veja-se os seguintes julgados:

Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa. A isto direcionam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Consubstancia ato insignificante a contratação isolada de mão-de-obra, visando à atividade de gari, por município, considerado período diminuto, vindo o pedido formulado em reclamação trabalhista a ser julgado improcedente, ante a nulidade da relação jurídica por ausência de concurso público (STF, HC nº 3.557, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 11.9.98).

Avilta o princípio da proporcionalidade e necessidade da pena, reconhecido pelo art. 59 do Código Penal, se aplicada fosse a pena cominada ao furto privilegiado, ainda que diminuída por ter sido praticado na forma tentada no caso de ação delituosa dirigida para a subtração de 18 laranjas (TACrim-SP, AP nº 1.005.495/9, Rel. Canellas de Godoy, j. 12.11.96).

3.4 Princípio da intervenção mínima

⁸ Odone Sanguiné (1990, p. 47).

⁹ Carlos Vico MAÑAS (1994, p. 58).

De acordo com tal princípio, que possui relação com o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal, a tutela penal só deve ser utilizada nos casos em que ocorram graves ofensas aos bens jurídicos considerados imprescindíveis à convivência pacífica dos membros de uma sociedade. É medida de orientação e limitação do poder punitivo estatal.

A adoção do princípio da intervenção mínima implica em aceitar que a criminalização de uma conduta somente se legitima caso constitua meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.¹⁰ O direito penal é de incidência restrita, de mínima ingerência na vida do cidadão. Por conseguinte, se outras formas de sanção se revelarem suficientes para a proteção de um determinado bem jurídico a criminalização da conduta não será legítima. Somente se a proteção penal for imprescindível para a proteção do bem é que a mesma se legitima.

Conquanto o princípio em análise não esteja previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, o mesmo pode ser extraído por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento constitucional, sendo um corolário dos arts. 1º, inciso III e 3º, incisos I e IV da Constituição da República.¹¹

A intervenção mínima e o caráter subsidiário do direito penal decorrem da dignidade humana, pressuposto do Estado Democrático de Direito, e são uma exigência para a distribuição mais equilibrada da justiça. Nenhuma previsão legal de infração penal pode sobreviver ao controle vertical de constitucionalidade se o conteúdo da disposição for claramente atentatório ao princípio da dignidade humana. A esse respeito, oportuno o magistério de Luiz LUISI (1991, p. 26):

A Constituição vigente no Brasil diz ser invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (artigo 5º caput), e põe como fundamento do nosso Estado democrático de direito, no artigo 1º do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social.

Desse modo, tipos penais que se limitam a descrever formalmente infrações penais, independentemente de sua efetiva potencialidade lesiva, e com a única

¹⁰ Luiz Regis PRADO e Cezar Roberto BITENCOURT (1995, p. 46).

finalidade do cumprimento da função de controle social, atentam contra a dignidade humana. Sendo esta princípio fundamental da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III), uma lei com essas características de mera descrição formal será irremediavelmente inconstitucional. Segundo René Ariel DOTTI (1988, p. 334), “a positivação do direito penal deve ter como vertente fundamental a condição humana”.

Do princípio da intervenção mínima, decorrem o caráter subsidiário e a natureza fragmentária do direito penal, o que significa que este só deve ser utilizado quando através de outros ramos do direito não se consiga dar uma proteção jurídica suficiente a um determinado bem jurídico relevante.¹²

Em que pese tais argumentos, observa-se de longa data que os legisladores vem desrespeitando esses princípios. Luiz LUISI (1991, p. 25-31) faz uma análise histórica a respeito do tema, demonstrando certo inconformismo com a desordenada criminalização de condutas identificadas já no século XIX. Reporta-se a Giuseppe PUCCIONI, que, comentando o Código Penal da Toscana de 1853, falava em delitos de mínima importância política, afirmando que a ampliação da área do direito criminal levaria a duas consequências: por um lado, os tribunais restariam sobrecarregados, retardando a administração da justiça punitiva e, por outro, haveria o agravamento das finanças públicas, sobre a qual recai o encargo de manutenção da indigente massa de condenados. O autor cita ainda o entendimento de Francesco CARRARA, que em monografia datada de 1883, falava em *nomorréia* penal (excesso injustificado de normas penais). Menciona, também, Reinhardt FRANCK, o qual no ano de 1898 usou pela primeira vez a expressão hipertrofia penal, salientando o abuso de uso da pena, com perda de sua credibilidade e, por conseguinte, de sua força intimidatória. No mesmo sentido, ainda, Francesco CARNELUTTI, que equiparava a inflação legislativa aos efeitos deletérios da inflação monetária, aduzindo que aquela desvaloriza as leis e avilta a eficácia preventiva das normas penais.

No Brasil a inflação legislativa é avassalante e crescente. A todo o momento é elaborada uma norma penal, sem que os legisladores levem em conta a efetiva capacidade das instituições de aplicarem as leis com pertinência, racionalidade e

¹¹ Antonio Luis Chaves CAMARGO (2001, p. 73-80).

eficácia. O que vem se observando é que quando o Poder Público mostra-se incapaz de fiscalizar um dado fato ou setor, ou quando se evidencia sua incapacidade administrativa, parte-se para a criminalização de condutas. Torna-se um costume a inserção de novos tipos penais em textos legais concernentes a questões que não exigem regulação por parte do direito penal. Exemplos disso podem ser notados na Lei de Locação de Imóveis (Lei nº 8.245/91) e na Lei das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97).

3.5 Princípio da fragmentariedade

Inicialmente, importante ressaltar que a fragmentariedade enquadra-se melhor como uma característica do direito penal, e não como um “princípio”. O princípio da fragmentariedade, entendido dessa forma por boa parte da doutrina¹³, é, a rigor, um atributo do direito penal, e não um princípio propriamente dito, no sentido de este significar garantias individuais diante do ordenamento jurídico-penal, decorrentes implicitamente ou explicitamente da Constituição da República.

A fragmentariedade do direito penal, registrada primeiramente por BINDING (1896), em seu Tratado de Direito Penal Alemão Comum – Parte Especial, pode ser compreendida como a atividade de seleção de determinados bens jurídicos, considerados de grande relevância para a sociedade, para que passem a receber a proteção penal frente a algumas formas de agressão. O controle penal, por sua gravidade, só pode ser utilizado como última instância e, de preferência, quando for capaz de gerar alguma eficácia. Hans-Heinrich JESCHECK (2002, p. 57), com base nos ensinamentos de BINDING, afirma:

El Derecho penal posee, según una conocida expresión de *Binding*, un **carácter fragmentario**. Este último no contiene un sistema comprensivo da la protección de bienes jurídicos, sino que la limita en cada caso de acuerdo com la elección del difícil criterio del ‘merecimiento de pena’. Mientras que *Binding* reparó en esta autolimitación del legislador como la ‘gran carencia de su obra’, en la actualidad la limitación de la punibilidad a acciones que por su peligrosidad y reprochabilidad merecen y exigen inequívocamente la reprobación de la pena pública en interés de

¹² Juarez TAVARES (1992, p. 82-83).

¹³ Nesse sentido: Cezar Roberto BITENCOURT (2000, p. 12).

la protección de la sociedad, aparece como preferencia y característica del estado liberal del Derecho.

O caráter fragmentário aponta para a idéia de que o direito penal está reservado para determinados fatos muito específicos e que possuam alguma significação na vida social. Assim, realiza-se uma tutela seletiva dos bens jurídicos, limitada a uma tipologia agressiva considerada relevante quanto à gravidade e a intensidade da ofensa. A esse respeito, leciona Nilo BATISTA (1996, p. 86):

Constitui-se assim o direito penal como um sistema *descontínuo de ilicitudes*, bastando folhear a parte especial do Código Penal para percebê-lo. Supor que a legislação e a interpretação tenham como objetivo preencher suas lacunas e garantir-lhe uma totalidade é, como frisa Navarrete, "falso em seus fundamentos e incorreto enquanto método interpretativo, seja do ângulo político-criminal, seja do ângulo científico". Como ensina Bricola, a *fragmentariedade* se opõe a "uma visão onicompreensiva da tutela penal, e impõe uma seleção seja dos bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das formas de ofensa".

Quando da elaboração de um tipo penal, o legislador acaba por alcançar situações que não deveriam ser abrangidas pelo direito penal, pois como os tipos são conceitos abstratos, é impossível evitar que sua previsão legal tenha um alcance maior do que aquele que deveria possuir. O legislador não dispõe de meios para evitar que tal atividade alcance também os casos leves.

Para solucionar situações como essa é que surge o princípio da insignificância, com a finalidade precípua de servir como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal. Para Francisco de ASSIS TOLEDO (2000, p. 133), "... o Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas." Vale citar decisão proferida pela Juiz VICO MAÑAS, em que se ressalta o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal:

O Direito Penal, como é sabido, diante de sua natureza subsidiária e fragmentária, só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas. Para isso, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade. O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao direito penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal. A imperfeição do

trabalho legislativo faz com que possam ser consideradas formalmente típicas condutas que, na verdade, deveriam estar excluídas do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal. Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do "*nullum crimen sine lege*", que nada mais faz do que revelar a natureza fragmentária e subsidiária do direito penal (TACrim-SP, AP nº 998.197, Rel. Vico Mañas, j. 27.3.96).

3.6 A subsidiariedade do direito penal

A subsidiariedade do direito penal, que pressupõe a fragmentariedade, deriva de sua consideração como instrumento de sanção extremo, que por esse motivo só deve ser utilizado naqueles casos mais graves, em que nenhum outro meio consiga solucionar o conflito existente. O direito penal deve ser reservado como último instrumento de solução dos problemas da sociedade, legitimando-se seu uso apenas quando os outros ramos do Direito e os demais meios de controle formal e social não se mostrarem capazes de exercer essa tutela. Só se deve utilizar a tutela penal quando não existam outras formas de se realizar o controle social e de reinstaurar a ordem jurídica, sob pena de se contrariar os próprios objetivos do direito penal.¹⁴ Nesse sentido, posicionam-se Reinhart MAURACH e Heinz ZIPF(1994, p. 31):

El ordenamiento jurídico dispone de los más diversos recursos para procurarse autoridad y garantizar su prevalencia. Pero desde el punto de vista de política jurídica, la selección y la acumulación de estas medidas se encuentran sometidas al postulado de que no está justificado aplicar un recurso más grave cuando cabe esperar el mismo resultado de uno más suave: tan reprobable y absurdo es aplicar penas criminales a la infracción de obligaciones privadas contractuales, como querer impedir un asesinato amenazando al autor con la simple imposición de las costas del entierro o con la privación de la legítima que le correspondería sobre la víctima. *Jure est civiliter utendum*: en la selección de los recursos propios del Estado, el derecho penal debe representar la *ultima ratio legis*, encontrarse en último lugar y entrar sólo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden público. La naturaleza secundaria del derecho penal no es más que una *exigencia* ética dirigida al *legislador*.

¹⁴ Nilo BATISTA (1996, p. 87).

Atualmente, como já ressaltado, o direito penal vem perdendo seu caráter de intervenção mínima, de direito fragmentário e subsidiário, adquirindo a natureza de um conjunto de normas de atuação primária e imediata. Segundo o posicionamento de parte da doutrina, surge o perigo da prevalência do desvalor do resultado sobre o desvalor da ação, ampliando-se a responsabilização objetiva, a qual muitas vezes se difunde pelo sistema de forma velada.

Observe-se que o direito penal não pode afastar-se de seus fundamentos éticos para, em um pragmatismo exacerbado, ser útil apenas aos propósitos do controle social.

4. MEIO DE ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL – A TIPICIDADE

4.1 Evolução da tipicidade no direito penal e a relação tipo-antijuridicidade

O tipo é a descrição abstrata de um fato que a lei proíbe. O tipo legal é o modelo, o esquema conceitual de ação ou de omissão, dolosa ou culposa, que a lei visa proibir.¹⁵ Sua finalidade¹⁶ é a proteção de bens jurídicos, “os interesses e/ou necessidades consideradas essenciais para a existência e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, no contexto de estruturas civis e instituições jurídicas e políticas de organização social”.¹⁷

Por sua vez, a tipicidade é a adequação de um determinado fato concreto ao modelo estipulado no tipo legal. A tipicidade é um predicado, uma característica da conduta, que a considera típica ou atípica. Um fato para ser adjetivado de típico necessita amoldar-se na descrição prevista na lei penal.

A expressão tipo surge da tradução da palavra tedesca *Tatbestand*, que literalmente significa “estado de fato”. Os doutrinadores alemães do século XIX confundiam o *Tatbestand* com o próprio delito, interpretando-o como a síntese dos elementos objetivos e subjetivos necessários para a caracterização do delito.

Em 1906, Ernst BELING, com sua obra *Die Lehre vom Verbrechen*, passa a conceber o *Tatbestand* como apenas um dos vários elementos do crime. Para BELING, o tipo era constituído de elementos objetivos, não se incluindo nele qualquer objeto de natureza valorativa ou subjetiva. Por conseguinte, só integrariam o tipo elementos destituídos de caráter axiológico, sem referência de ordem valorativa, a situações subjetivas ou a posturas psíquicas do sujeito do delito. O conceito de tipo formulado por BELING, fundado no modelo da filosofia naturalista do século XIX, é objetivo e livre de valor: objetivo, porque todos os elementos

¹⁵ Luiz LUISI (1987, p. 13 e seguintes).

¹⁶ O tipo legal, na verdade não possui apenas uma única função. De um modo geral atribuem-se duas funções fundamentais ao tipo penal: função indiciária e função de garantia. Pela primeira, entende-se que a circunstância de uma ação ser típica indica que, provavelmente, será também antijurídica. Por sua vez, pela função de garantia compreende-se que o tipo tem a finalidade de garantir a efetividade do princípio da reserva legal. Toda pessoa, antes de realizar uma conduta, deve ter a possibilidade de reconhecer se está praticando uma ação ilícita. Para uma análise mais aprofundada a respeito das funções do tipo legal, ver Luis Jiménez de ASSÚA (1951, p. 677 e seguintes).

¹⁷ Juarez CIRINO DOS SANTOS (1993, p.21).

subjetivos integram a culpabilidade; livre de valor, porque a tipicidade é neutra, e toda valoração legal pertence à antijuridicidade. Portanto, o tipo é a descrição dos elementos materiais do delito, contidos na respectiva disposição legal do crime. A função que possui o tipo nessa concepção é meramente descritiva e apresenta-se separada da antijuridicidade e da culpabilidade.

BELING, juntamente com LIZT e RADBRUCH, elaboraram o modelo causal de ação, que compreendia a ação como causação de modificação no mundo exterior por um comportamento humano voluntário, atualmente conhecido como modelo clássico de ação.¹⁸

Diversos doutrinadores opuseram-se à concepção de tipo elaborada por BELING. Boa parte das críticas dirigiam-se à afirmação de BELING de que não haveriam no tipo elementos subjetivos e axiológicos. Um dos críticos dessa doutrina foi M.E. MAYER, que defendia a existência de elementos subjetivos no tipo (estados e processos anímicos do agente), bem como, que nem tudo que é subjetivo pertence à culpabilidade e que a antijuridicidade não é composta apenas por elementos objetivos. A grande contribuição de MAYER foi apontar a existência de elementos normativos (conceitos jurídicos teleológicos), descaracterizando a neutralidade do tipo livre-de-valor, de BELING. Além disso, MAYER notou que a função do tipo não é apenas descritiva, mas também indicativa da existência de uma relação de contrariedade entre a conduta e a norma, configurando um indício de antijuridicidade (a tipicidade é *ratio cognoscendi* da antijuridicidade). A configuração do tipo já antecipa que, provavelmente, também ocorre uma violação de um direito, conquanto esse indício não integre a proibição.¹⁹ José CEREZO MIR (2001, p. 82), com base na doutrina de MAYER, afirma:

M.E. Mayer mantiene la separación entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero considera que no debe olvidarse la relación existente entre ellas. La tipicidad es el principal indicio o factor de conocimiento de la antijuridicidad. Su relación es similar a la existente entre el humo y el fuego. Para M.E. Mayer, el tipo no es ya valorativamente neutral, pues constituye el principal indicio de la antijuridicidad. Una conducta típica será antijurídica si no concurre una causa de justificación. M.E. Mayer reconoce, además, la existencia de elementos normativos en el tipo, como el

¹⁸ Juárez CIRINO DOS SANTOS (2002, p. 11).

¹⁹ Deve-se observar que a função indiciária do tipo fica bastante enfraquecida nos crimes culposos e nos crimes comissivos por omissão (crimes omissivos impróprios), em que o tipo é aberto, não contendo a descrição completa da conduta ilícita.

carácter ajeno de la cosa en el hurto, que llevan implícita una valoración y no tienen un carácter meramente descriptivo.

Outro penalista que criticou a concepção de BELING a respeito do tipo penal foi E. MEZGER. Este autor não aceitava a independência da tipicidade, ou sua função meramente indiciária, em relação a antijuridicidade. Para ele, a tipicidade da ação não é, de modo algum, a mera *ratio cognoscendi*, mas a própria *ratio essendi* da antijuridicidade.²⁰ Não existe independência entre tipicidade e antijuridicidade. MEZGER definiu o delito como ação tipicamente antijurídica. A tipicidade é trabalhada por ele no capítulo da antijuridicidade. O juízo de antijuridicidade está inserido no tipo penal e, por esse motivo, não é aceito o seu pretense caráter de neutralidade. Antijurídico ou injusto é o fato que causa lesão a um bem jurídico, todavia, nem todo o injusto é injusto penal, mas tão somente aquele que é conceituado pelo tipo. Dessa forma, tipo, é tipo de injusto. Saliente-se que o juízo de desvalor do tipo é presumido e provisório, uma vez que a ilicitude poderá ser afastada caso ocorra alguma causa excludente. Vale frisar, também, que para MEZGER o tipo é composto de elementos objetivos, subjetivos e normativos.²¹

Cedendo às críticas formuladas contra sua teoria, BELING volta a se manifestar a respeito do tema em 1930 com uma roupagem semântica nova. O autor passa a diferenciar o *Tatbestand* (delito tipo) do *Deliktstypus* (figura do delito ou tipo do delito). Afirma que o primeiro deve ser compreendido como uma imagem conceitual do crime, sem correspondência direta na lei. Por sua vez, o *Deliktstypus* corresponde ao delito previsto na lei, com seus elementos objetivos e subjetivos. Estes tipos de delito decorrem de um trabalho seletivo do legislador, que escolhe dentre os tipos de injusto aqueles que devem ser apenados. Além disso, dentre os tipos de delito, estabelece o legislador um escalonamento, levando em conta a maior ou menor relevância, e comina, como consequência, penas mais severas e mais brandas. O *Tatbestand* compõe o que BELING denominou de “tipo retor”. Sustenta que o tipo retor representa a imagem unitária de todas as características externas e

²⁰ Frise-se, conforme o magistério de Juarez CIRINO DOS SANTOS (2002, p. 36), que “a teoria do tipo como *ratio essendi* da antijuridicidade (não simples *ratio cognoscendi*) é muito difundida na ciência moderna do direito penal, e conduziu à teoria dos elementos negativos do tipo, bem como à discussão da autonomia da tipicidade em relação à antijuridicidade, como categoria sistemática do conceito de crime, com as resultantes concepções bipartida e tripartida do sistema de fato punível”.

²¹ Luiz LUISI (1987, p. 18-19).

internas da figura do delito, que se relacionam uma com as outras para que se forme o *Delitstypus* correspondente.²²

Um novo impulso ocorre na concepção do tipo penal com a teoria final da ação preparada por WEBER e GRAF ZU DOHNA e desenvolvida planamente no início dos anos trinta por Hans WELZEL. Até então dominava a ciência penal alemã a teoria causal da ação. O causalismo compreendia o comportamento humano como um processo estritamente mecânico. A teoria causal refletia a influência das idéias positivistas que dominavam as ciências de uma maneira geral no final do século XIX. A teoria causal da ação pode ser resumida no sistema clássico de fato punível de LIZT-BELING-RADBRUCH, que divide a ação humana em duas partes: o “querer interno” do sujeito ativo do delito e o “processo causal” visível.²³ O encadeamento causal externo situava-se no injusto, enquanto que os elementos subjetivos encontravam-se na culpabilidade. Em sua formulação originária, a teoria causal entendia que o tipo e a antijuridicidade eram compartimentos estanques, cada qual configurado ao seu modo e cuja validade para a concepção do delito só teria sentido se fossem ambos realizados. Conquanto a teoria causal tenha tido o mérito de afirmar tecnicamente os elementos objetivos e subjetivos na estrutura do crime, tal sistema, no entanto, começa a ser abandonado quando da descoberta de elementos anímicos, subjetivos, do tipo, nos denominados “delitos de intenção”. Surge, então, uma nova concepção de ação a fim de substituir o clássico conceito causal de ação.

WELZEL elaborou a teoria finalista, pela primeira vez, em trabalho publicado no ano de 1931, sob o título *Kausalität und Handlung* (causalidade e ação). Parte a doutrina em análise de um conceito ontológico de ação humana.²⁴ O autor, superando as limitações do positivismo inspirador da teoria causal da ação, a qual não via na intencionalidade um elemento relevante para a determinação da estrutura do tipo, sustenta que o legislador, quando da elaboração de um tipo penal, leva em consideração um processo causal regido pela vontade direcionada a uma determinada finalidade, e não um simples processo causal de caráter mecânico. Juarez Cirino dos SANTOS (2002, p. 14-15), citando a formulação clássica de WELZEL, afirma:

²² José CEREZO MIR (2001, p. 82).

²³ Johannes WESSELS (1976, p. 19).

²⁴ Francisco de ASSIS TOLEDO (2000, p. 96).

“Ação humana é o exercício de atividade final. Ação é, por isso, acontecimento final, não meramente causal. A finalidade ou o sentido final da ação se baseia no poder humano de prever, em determinados limites, por força de seu saber causal, os possíveis efeitos de sua atividade, propor-se diferentes fins e dirigir, planificadamente, sua atividade para realização destes fins. (...) Porque a finalidade se baseia na capacidade da vontade de prever, em determinados limites, as conseqüências da intervenção causal, e através desta, dirigi-la planificadamente para a realização do fim, a vontade consciente do fim, que dirige o acontecer causal, é a espinha dorsal da ação final”.

Não se abandona o conceito causal de ação, todavia, adiciona-se à definição a característica da intencionalidade ou finalidade (causalidade dirigida). Sustentava WELZEL, ao contrário do que entendiam os adeptos da teoria causal, que a finalidade deveria ser considerada já na primeira fase da teoria do delito, isto é, na tipicidade, e, após, nas demais. Torna-se evidente, dessa forma, que o tipo, por consistir na definição da conduta, inclui, como elemento essencial, o conteúdo da vontade.²⁵

4.2 A concepção material do tipo penal

Embora se observe uma evolução no estudo do tipo penal, desde a concepção carente de natureza valorativa de BELING, até o conceito final de ação, em que se leva em consideração os elementos anímicos e subjetivos, conclui-se que todas as teorias elaboradas a respeito do tipo penal entendiam a tipicidade como um juízo formal de subsunção, isto é, de adequação de um fato à uma descrição feita pela lei.

Tal posicionamento, no entanto, vai de encontro à tese, já referida, que pretende reduzir ao máximo o campo de incidência da tutela penal, face ao seu elevado custo social, contrariando, assim, o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal.²⁶

Quando da redação dos tipos penais, não consegue o legislador evitar que sejam alcançadas, além das condutas ofensivas do bem jurídico protegido pela norma, outras que não deveriam também ser alcançadas por serem aceitas pela sociedade ou por gerarem um dano social irrelevante. Isso decorre do fato de que os

²⁵ Carlos Vico MAÑAS (1994, p. 48-52).

tipos penais são conceitos abstratos. Visando impedir tais situações, entendem alguns doutrinadores que se deve atribuir ao tipo penal, além do sentido puramente formal, um caráter material. O tipo deve ser visto, assim, como algo dotado de conteúdo valorativo.²⁷

Portanto, para que uma conduta humana possa ser considerada típica não basta apenas que o comportamento se amolde formalmente a um tipo legal, mas deve também ser materialmente lesivo ao bem jurídico protegido, ou ética e socialmente reprovável. Vale mencionar a lição de Francisco de ASSIS TOLEDO (2000, p. 130-131):

É que, se considerarmos o tipo não como simples modelo orientador, ou diretivo, mas como portador de sentido, ou seja, como expressão de danosidade social e de periculosidade social da conduta descrita, ampliar-se-á consideravelmente esse poder de decisão a nível do juízo de atipicidade, fato que conduz a efeitos práticos tão evidentes que quase não precisariam ser demonstrados. Não será demasiado, contudo, salientar que, se o fenômeno da subsunção (= sotoposição de uma conduta real a um tipo legal) estiver subordinado a uma concepção material do tipo, não bastará, para a afirmação da tipicidade, a mera possibilidade de justaposição, ou de coincidência formal, entre o comportamento da vida real e o tipo legal. (...) Modernamente, porém, procura-se atribuir ao tipo, além desse sentido formal, um sentido material. Assim, a conduta, para ser crime, precisa ser típica, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito (*nullum crimen sine lege*). Não obstante, não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável.

Não é outro o entendimento de Maurício Antonio Ribeiro LOPES (2000, p. 114), que com base no magistério de BAUMANN, afirma:

Os objetos de que se ocupam as normas penais têm em comum, segundo a doutrina mais moderna, a nota da gravidade. Assim, o delito materialmente supõe (ou de supor, quando nos Estados democráticos o legislador seleciona corretamente as condutas delitivas) uma conduta gravemente nociva para a sociedade, perturbando consideravelmente bens jurídicos importantes. É dizer, condições mínimas de convivência social de modo reprovável e não justificado e pondo em questão a vigência da ordem jurídica.

Tal concepção vem sendo adotada por parte da jurisprudência brasileira, conforme ementa que, a seguir, transcreve-se:

²⁶ Ver itens 3.5 e 3.6.

²⁷ Odoné SANGUINÉ (1990, p. 46).

Ainda que formalmente a conduta executada pelo sujeito ativo preencha os elementos compositivos da norma incriminadora, mas não de forma substancial, é de se absolver o agente por atipicidade do comportamento realizado, porque o Direito Penal, em razão de sua natureza fragmentária e subsidiária, só deve intervir, para impor uma sanção, quando a conduta praticada por outrem ofenda um bem jurídico considerado essencial à vida em comum ou à personalidade do homem de forma intensa e relevante que resulte uma danosidade que lesione ou o coloque em perigo concreto (TACrim-SP, AP nº 988.073/2, Rel. Márcio Bártoli, j. 3.1.96).

5. O BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL

5.1 Definição e importância do bem jurídico para o direito penal

Bem, num sentido amplo, significa algo que seja útil, necessário, valioso. São coisas reais dotadas de “valor”. Em geral são procurados, requisitados, defendidos, e, também, provocam o interesse de outras pessoas, além de seu titular. Dessa forma, ficam sujeitos a certos perigos ou ataques. Caso não exista um conjunto de medidas aptas a proteger determinados bens, torna-se inviável a manutenção da paz social.

Dentre os diversos bens existentes são selecionados pelo direito aqueles considerados de relevância para a sociedade e erigidos à categoria de bens jurídicos. Os interesses/necessidades essenciais do indivíduo e da sociedade protegidos pelas normas penais relacionam-se com a natureza das relações sociais, das correspondentes instituições jurídico-políticas do Estado e, por conseguinte, do tipo de sociedade existente (capitalista, socialista, etc).²⁸

A primeira concepção de bem jurídico vem de BIRNBAUM que a utilizou como critério de classificação e ordenação da tipologia penal posta pelo legislador.²⁹ A noção de bem jurídico desde então foi se alterando até chegar numa concepção moderna, que pode ser sintetizada nas palavras de Francisco de ASSIS TOLEDO (2000, p. 16), para quem “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. Pode ser tanto um bem material, como imaterial.

Ressalte-se, no entanto, que nem todo bem é um bem jurídico e nem todo bem jurídico recebe a tutela especial do direito penal. Somente recebe a tutela penal aquele bem jurídico que necessite de uma proteção especial, no campo das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes nessa proteção as demais garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico em outras áreas extrapenais. Além disso, mesmo em relação aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal não há uma proteção contra toda e qualquer tipo de lesão, mas apenas contra determinadas

²⁸ Juarez CIRINO DOS SANTOS (1993, p. 22).

²⁹ Sobre a evolução do conceito de bem jurídico, ver Reinhart MAURACH (1994, p. 333 e seguintes).

espécies de lesões, reais ou potenciais. Em resumo, não se protege todos os bens jurídicos contra todas as possíveis formas de agressão.

Não se concebe a existência de uma conduta típica que não ofenda um bem jurídico, visto que estes se encontram na base de criação dos tipos penais. Embora não se possa dizer que o delito é apenas uma lesão a um bem jurídico, tal lesão é indispensável para configurar a tipicidade. Por esse motivo, sustenta-se que o bem jurídico desempenha papel fundamental na teoria do tipo, dando sentido teleológico à lei penal. O tipo tem a finalidade precípua de identificar o bem jurídico protegido pelo legislador. Sem o bem jurídico não há uma razão para o tipo penal e, portanto, não há possibilidade de interpretação teleológica da lei penal.³⁰

Vale ressaltar que se uma concepção liberal concede ao direito penal uma função protetora de bens jurídicos, uma concepção social, em sentido amplo, pode, por outro lado, adotar uma concepção predominantemente imperialista, baseada na infração do dever, e, por conseguinte, reguladora de vontades e atitudes internas. Dessa forma, afirma Cezar Roberto BITENCOURT (2000, p. 199), “se um Estado Social pretende ser também um Estado de Direito terá de outorgar proteção penal à ordem de valores constitucionalmente assegurados, rechaçando os postulados funcionalistas protetores de um determinado *status quo*”.

5.2 Finalidade do bem jurídico e seu conteúdo material

A questão da finalidade do bem jurídico está ligada aos limites da atividade punitiva do Estado. É necessário estabelecer um conceito material de bem jurídico para impedir a atuação totalitária por parte do Estado. Assim, os valores mais importantes para uma determinada sociedade são elevados à categoria de bens jurídicos, obrigando o Estado a protegê-los. Fora desse rol de bens jurídicos não há espaço para a intervenção da atividade sancionadora do Estado.

Fala-se em princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, cuja finalidade principal é a de limitar o poder punitivo do Estado. Tal princípio unifica, basicamente, as idéias de que o Estado deve intervir o mínimo possível na liberdade das pessoas, não podendo punir meras infrações contra a ideologia prevalecente, a ordem ética ou religiosa, ou ainda os valores culturais, devendo garantir tão somente aqueles

bens essenciais para a manutenção da vida em sociedade. Por esse motivo, resta afastado todo tipo de direito penal de autor, que pune o agente não pela conduta cometida, mas sim pelo que ele é ou pelo que ele pensa.³¹ A esse respeito, cita-se a lição de Luiz Flávio GOMES (2002, p. 21), que afasta a incidência das chamadas teorias subjetivas da norma penal:

Se a fundamentação do injusto penal reside, como vimos, na infração do aspecto valorativo da norma (que significa uma conduta lesiva ou concretamente perigosa para o bem jurídico), torna-se impossível, para se manter coerência com a premissa assinalada, compartilhar a fundamentação ou mesmo as conclusões das chamadas teorias subjetivas, que dão realce prioritário não à violação do bem jurídico, senão à infração do dever (quebra de finalidade à norma, delito de desobediência). Enquadra-se nesse grupo, por exemplo, a chamada teoria subjetivo-monista de Armin Kaufmann, o finalismo de Welzel etc.

Dentro dessa perspectiva, o bem jurídico ganha relevância como verdadeiro limite do poder punitivo do Estado, enquanto a legitimidade de seu exercício reside na exclusiva proteção das relações sociais concretas de uma sociedade.

Observa-se, no entanto, que a função limitadora do bem jurídico, isto é, de tutelar somente aqueles bens considerados de maior importância para o ser humano, vem sendo ignorada pelo legislador pátrio. Outrossim, nota-se que os próprios magistrados, os quais poderiam retificar os abusos cometidos pelo legislador, especificamente na função de eleger os bens jurídicos que devam merecer a tutela penal, comportam-se de maneira omissiva diante de tais excessos.

Sempre que se notar que o legislador deixou de indicar com clareza o bem jurídico protegido em um tipo penal, tal função passa a ser de incumbência do intérprete e aplicador da lei. Caso não se encontre o bem jurídico protegido, a norma penal deve ser taxada de inconstitucional. Nesse sentido, o magistério de Juarez TAVARES (1992, p. 79):

O legislador, ao proibir ou determinar condutas, não pode deixar de tomar em atenção que essas condutas são produto de seres humanos, inseridos socialmente em condições reais de motivação e formação, e que tanto a proibição quanto a

³⁰ Luiz LUISI (1987, p. 51).

³¹ No Direito Penal pátrio, em que pese os argumentos acima expostos, são várias as disposições que tratam de Direito Penal de autor, como por exemplo, o art. 59 da Lei das Contravenções Penais, em que o agente é punido por ser ocioso, e não porque cometeu uma conduta ilícita contra um bem jurídico significativo. Tal dispositivo viola o Sistema Constitucional vigente, por ofender os princípios da ofensividade e da igualdade.

determinação só terão sentido se objetivarem impedir uma lesão concreta do bem jurídico. Essa realidade que subsiste no processo de proibição faz com que se expressem como inconstitucionais as disposições que proibam por proibir, que sancionem penalmente as infrações as normas meramente regulamentares, ou que façam da norma penal apenas o reforço para a obediência, sem qualquer referência à proteção do bem jurídico.

O juiz dos dias atuais não pode aceitar o positivismo legalista e formalista que preponderou nos dois últimos séculos. Na análise de um tipo penal é preciso ir além da mera atividade de subsunção formal da conduta. Deve o intérprete verificar o que se encontra atrás da lei, isto é, deve pesquisar o conteúdo da norma e qual é o bem jurídico protegido por ela.

Em um Estado Democrático de Direito, em que os direitos fundamentais possuem grande relevância, o direito penal, em razão das consequências de sua aplicação, somente se justifica quando tenha sido cometida uma infração que tenha causado ofensa concreta a um bem jurídico. Veja-se a seguinte decisão:

Furto de pequena importância em dinheiro. Irrelevância social do fato. Fato não punível por não engendrar uma conduta com periculosidade social. Na espécie, a vítima afirma que perdeu alguns trocados. Como já observou RUDOLPHI ('Diferentes Aspectos de Concepto de Bien Jurídico', in 'Nuevo Pensamiento Penal'. ao 4, 1965, págs. 329/345) 'a lesão patrimonial deve conceber-se na sua concreta repercussão no âmbito da vida de uma pessoa e não como uma diminuição abstrata de valor de seu potencial econômico. Destarte, a lesão patrimonial relevante deve possuir um peso. A criminalidade de bagatela situa-se exatamente no campo dessas lesões de pouca ou nenhuma modificação. (TARS, Relator Juiz Ernesto Brasil Pinheiro, RT 582/387).

Ainda nesse sentido, oportuno o magistério de Luiz Flávio GOMES (2002, p. 12 e 14), que, manifestando-se a respeito da norma penal, do bem jurídico e do princípio da ofensividade, observa a necessidade de alteração de paradigma no direito penal. Afirmo o referido autor:

A proposta que estamos formulando, neste trabalho, é de uma radical mudança de método e de paradigma no Direito penal. O provector método formalista e meramente subsuntivo deve ceder lugar ao método da ponderação, do exame do caso concreto, com a preocupação de que prevaleça (sempre e em cada caso) o valor justiça. Do método ontológico caminha-se para o deontológico, que parte da idéia de que o delito é essencialmente um fenômeno valorativo. Do paradigma subjetivo-formal-ex ante passa-se ao objetivo-material-ex post. Da antijuridicidade formal (que concebe o delito como infração de um dever – *Pflichtverletzung* –) se avança para a antijuridicidade material (ou melhor, antijuridicidade teleológica), que

fundamenta a concepção do delito como ofensa concreta a um bem jurídico (Rechtsgutsbeeinträchtigung) e ocupa o centro nuclear do injusto penal.

Somente quando uma conduta dotada de periculosidade (criadora de riscos) alcança o núcleo de garantia e proteção da norma, que expressa um bem ou interesse jurídico, é que se pode falar em um fato penalmente relevante (mesmo porque, sob o signo do direito penal da ofensividade, não há crime – ou não deve haver crime – sem uma concreta ofensa ao bem jurídico protegido – *nullum crimen sine iniuria*).

5.3 Bem jurídico penal e Constituição

Alguns doutrinadores afirmam ser a Constituição o referencial mais idôneo para que a teoria do bem jurídico venha a cumprir uma função crítica e limitadora do *ius puniendi*. Para essa corrente, a dignidade da pessoa humana é o pilar do modelo de Estado de Direito, não restando dúvida de que a sanção penal só deve incidir quando ocorra uma concreta lesão ou perigo de lesão para o bem jurídico protegido pela norma. Pode-se dizer assim que o princípio da insignificância resulta dos fundamentos do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

A corrente que leva em consideração a Constituição para delimitar os bens jurídicos necessitados de proteção penal se desenvolveu fundamentalmente na Itália, cuja Constituição ressalta no art. 13 a importância da liberdade pessoal como valor que somente pode ser vulnerado pelo Estado quando se haja produzido uma lesão contra um bem de similar importância, isto é, de fundamento constitucional.³² Tal teoria se baseia, na verdade, no princípio da proporcionalidade, que exige um equilíbrio entre os bens em conflito. Essa formulação, de inspiração constitucionalista em sentido estrito (concepção rígida), cujo um dos mais importantes defensores foi BRICOLA, busca deduzir diretamente da Constituição os objetos de proteção penal, os quais teriam caráter vinculante. Para tal concepção, portanto, a Constituição é o referencial obrigatório para a escolha dos bens que serão objetos de tutela penal. A tarefa do legislador não é outra senão a de

³² Luiz Flávio GOMES (2002, p. 89).

incorporar ao ordenamento jurídico penal os valores mais importantes contidos na Constituição. Leciona Maurício Antonio RIBEIRO LOPES (2000, p. 147):

No Estado democrático contemporâneo o processo de decisão política está contido na Constituição. Resulta necessário, pois, examinar detidamente a Constituição para extrair-se de sua literalidade, dos princípios gerais que a consagram e de seu espírito, o que se poderia denominar o *programa penal da Constituição*, o conjunto de postulados político-jurídicos e político-criminais de que podemos afirmar que constitui o marco normativo no seio do qual o legislador penal pode e deve tomar suas decisões, e no qual o juiz há de se inspirar para interpretar as leis que lhe corresponde aplicar.

Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador).

Dentre as diversas críticas formuladas a essa teoria estrita da configuração constitucional do bem jurídico penal, afirma-se que em razão da limitação histórica, pode uma Constituição não apresentar um determinado interesse em um momento, mas posteriormente exigir a sua consideração para se garantir a sobrevivência pacífica da sociedade.³³

Uma corrente um pouco menos extremada (teoria constitucionalista genérica) defende a idéia de que o direito penal deve proteger, além dos bens expressamente disciplinados na Constituição, todos aqueles que tiverem uma relevância constitucional implícita. Assim, a Constituição não é o fundamento obrigatório de dedução dos bens jurídicos, serão um marco de referência. Tal posicionamento é defendido, entre outros doutrinadores, por ROXIN, para quem o conteúdo concreto dos bens jurídicos protegidos ou a proteger penalmente não se estreita absolutamente nos valores promovidos pela Constituição, funcionando esta como um marco de referência mais amplo, como é o do Estado Democrático de Direito.³⁴

No Brasil, um dos defensores desse último entendimento é Luiz Regis PRADO (1997, p. 77 e seguintes), que com fundamento nos valores mais importantes do ordenamento constitucional e sobretudo na liberdade, configurados de acordo com o modelo de Estado de Direito Democrático e Social, afirma a

³³ Luiz Flávio GOMES (2002, p. 91 e seguintes).

exigência da proporcionalidade, mas, seguindo a linha mais flexível, para considerar como tuteláveis os bens de relevância constitucional ou ao menos compatíveis com a Constituição ou, ainda, que se encontrem em sintonia com a concepção do Estado de Direito Democrático. A Constituição funciona, dessa forma, como limite relativo diante do legislador.

O controle de constitucionalidade das normas penais tem a finalidade de verificar se essa limitação de natureza constitucional está sendo respeitada. Tal controle pode se realizar de duas formas: controle estrito da produção legislativa, efetivado antes da norma entrar em vigor; controle posterior da constitucionalidade das leis. Luiz Flávio GOMES (2002, p. 94), citando entendimento de Maria da Conceição Ferreira da CUNHA³⁵, leciona:

A doutrina mais autorizada, despontando-se nesse diapasão o extraordinário trabalho de Maria Conceição F. Cunha, concebe que o Tribunal Constitucional (e, em consequência, qualquer juiz, onde o controle é também difuso, como é o caso do sistema brasileiro) desenvolva seus poderes para controlar a “necessidade” penal nos casos (muitos raros, certamente) em que a criminalização seja indiscutivelmente não necessária (porque a pena é inadequada ou desproporcionada ou porque existem outros meios claramente suficientes) ou ainda quando o bem jurídico subverte de forma evidente a ordem valorativa constitucional.

³⁴ Maurício Antonio RIBEIRO LOPES (2000, p. 136).

³⁵ Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto, Editora da Universidade Católica Portuguesa, 1995.

6. OBJEÇÕES AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Embora o princípio da insignificância seja aceito por maior parte da doutrina e pela majoritária jurisprudência dos Tribunais brasileiros, nota-se existir, ainda, algumas idéias contrárias à sua aplicação. Dentre as mais comuns, destacam-se a imprecisão terminológica do princípio, a ausência de previsão legal, a dificuldade de valoração da ofensa nos delitos formais e de mera conduta, a previsão legal de tipos privilegiados, contravenções penais e infrações de menor potencial ofensivo (previsão legislativa residual) e, por fim, ausência de resposta jurídica às lesões de direitos.

6.1 Imprecisão terminológica

Alguns autores sustentam que o princípio da insignificância padece de uma imprecisão terminológica, ou como chama Carlos Vivo MAÑAS (1994, p. 59), de uma indeterminação conceitual, uma vez que possui certa conotação política e ideológica, que lhe imprime caráter indeterminado, o que pode ocasionar risco à segurança jurídica.³⁶ Tal crítica, no entanto, não procede.

Conquanto não exista, ainda, uniformidade a respeito da forma de aplicação do princípio da insignificância, tanto a doutrina, como a jurisprudência vêm elaborando formas, baseadas em critérios seguros de interpretação, capazes de delimitar com relativa segurança os limites de reconhecimento do referido princípio. Isso é feito por meio de uma interpretação rigorosamente normativa da ofensa.

Para isso, pode-se utilizar o critério da nocividade social, o qual segundo ROXIN, citado por Maurício Antonio Ribeiro LOPES (2002, p. 178), “dispõe de conteúdo próprio, sendo suscetível, portanto, de concreção material, não obstante todos os problemas a ele pertinentes”.

Além disso, deve-se levar em consideração na aplicação do princípio da insignificância os critérios do desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido pela norma penal. Por fim, deve-se

³⁶ Eugenio Raúl ZAFFARONI (1999, p. 554) cita como um dos críticos à falta de clareza e precisão do princípio da insignificância o doutrinador Volker BUSSE.

considerar, também, uma antecipação da aplicação da pena a fim de se verificar, no caso em concreto, a necessidade efetiva da sanção penal e sua real eficácia.³⁷

6.2 Ausência de previsão legal

Como já foi ressaltado, excetuados os casos previstos no Código Penal Militar, o princípio da insignificância não encontra previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Por esse motivo, em que pesem todos os argumentos favoráveis à adoção do princípio da insignificância, alguns doutrinadores e parte da jurisprudência ainda continuam sustentando a não aplicação do princípio em estudo, caracterizando dessa forma um retrocesso na dogmática penal. Para exemplificar, cita-se o seguinte julgado:

A adoção do princípio de insignificância, vulnera o princípio da legalidade e da isonomia expressos na Constituição Federal, e por isso, inadmissível o seu reconhecimento” (TJPR, Ac. 10.497, 1ª câmara Criminal, Rel. Des. Osiris Fontoura, j. 19.3.98). No mesmo sentido: TACRS, Recurso-crime nº 289036733, 2ª Câmara Criminal, Rel. Juiz João Andrades Carvalho, j. 12.10.89).

Nota-se, assim, que alguns operadores do direito continuam seguindo as idéias do modelo clássico de direito penal. Muitos delegados, promotores e juízes que seguem esse ultrapassado modelo (formalista, legalista), trabalham no máximo com o direito penal do finalismo (que começou a ficar decadente na Europa na década de 60 exatamente por ser puramente formalista). Em reportagem publicada em 26.5.2002, no Caderno Direito e Justiça, do Jornal Estado do Paraná, Luiz Flávio GOMES afirma que o ensino jurídico brasileiro no âmbito penal está atrasado em mais de três décadas. Após o finalismo de WELZEL três novas etapas de evolução no delito já ocorreram: (a) a teoria racional-final de ROXIN; (b) a teoria funcionalista sistêmica de JAKOBS; (c) teoria constitucionalista do delito.

Desatualizado é o jurista que desconhece o princípio da insignificância e, pior, o que julga os conflitos criminais exclusivamente sob a ótica da legalidade, não sob o parâmetro do Direito. Um jurista que atua dessa maneira (técnico-jurídico) e que acredita ainda cegamente nos mitos de ROUSSEAU é capaz de afirmar, diante

³⁷ Carlos Vico MAÑAS (1994, p. 60).

da literalidade do art. 214 do Código Penal, que um beijo lascivo é crime hediondo, punido com seis anos de reclusão, exatamente a mesma pena de um homicídio; (aliás, o beijo é crime hediondo enquanto o homicídio simples não o é).

Conquanto nenhuma regra, seja de ordem ordinária ou constitucional, defina o princípio da insignificância e o acate de forma expressa, isso não significa que não possa o mesmo ser inferido do sistema jurídico por meio de uma interpretação constitucional e das leis em geral. O princípio da insignificância possui como fonte de criação a doutrina e a jurisprudência, que também são reconhecidas como fontes do direito. Essa construção doutrinária e jurisprudencial baseia-se no caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal. Além disso, funda-se, também, na equidade e no princípio da proporcionalidade que deve guiar a intervenção penal no Estado Democrático de Direito.

Frise-se que a norma escrita não contém todo o direito penal e que a construção teórica de princípios, como o da insignificância, não fere o mandamento constitucional da legalidade. Tanto a doutrina, como a jurisprudência utilizam-se muitas vezes de critérios extralegais na aplicação do direito penal. Basta citar o exemplo das chamadas causas supralegais de exclusão de ilicitude (ex: consentimento do ofendido), que embora não se encontrem previstas no art. 23 do Código Penal, não podem deixar de ser reconhecidas.³⁸ Vale lembrar, ainda, que a jurisprudência durante muito tempo deixou de impor pena nos casos de lesões corporais praticadas pelo marido contra a esposa ou vice-versa, em nome do que denominou boa política criminal, sem que a respeito houvesse, no ordenamento penal, qualquer autorização nesse sentido. Na verdade, tal posicionamento representava um reforço à consideração de que não basta que a ação se ajuste formalmente ao tipo, devendo ainda causar lesão significativa ao bem jurídico.

Dessa forma, o princípio da insignificância, do mesmo modo que as causas supralegais de exclusão da ilicitude, resulta de importante construção dogmática que visa solucionar situações de injustiça provenientes da falta de relação entre a conduta reprovada e a pena aplicável.³⁹

³⁸ Carlos Vico MAÑAS (1994, p. 67).

³⁹ Odone SANGUINÉ (1990, p. 47).

6.3 A dificuldade de valoração da ofensa nos delitos formais e de mera conduta

Em que pese a opinião de alguns doutrinadores de que a aplicação do princípio da insignificância só se reserva aos tipos penais em que existe resultado (delitos materiais), a melhor interpretação é no sentido de que o princípio em análise pode ser aplicado também nos casos em que o resultado não se encontra previsto no tipo legal (delitos formais e de mera atividade).

Os que defendem a aplicação do princípio da insignificância somente aos delitos materiais apoiam-se no critério do desvalor do resultado, desconsiderando o desvalor da conduta. Dessa forma, afastam o parâmetro da nocividade social, que possui cunho normativo.

A adoção do princípio da insignificância independe que o delito seja material, formal ou de mera atividade. A ocorrência de resultado não é necessária para o reconhecimento da insignificância da conduta. A jurisprudência brasileira vem reconhecendo a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em casos de delitos formais e de mera atividade. Veja-se o seguinte julgado:

Acusação de que o querelante, com 12 anos de idade, agrediu outros menores e cuspiu no paletó do porteiro do prédio em que reside, são atos que devem ser classificados como meras traquinagens e que não podem ser elevados à categoria de “fatos ofensivos à reputação” do querelante, mas de mero delito de bagatela. O princípio da insignificância pertine aos delitos de bagatela, permitindo sua consideração pela jurisdição penal como fatos atípicos, posto que destituídos de qualquer valoração a merecer tutela, e, portanto, irrelevantes. São os que pertinem a ações aparentemente típicas, mas de tal modo inexpressivas e insignificantes que não merecem a reprovabilidade penal (TACrim-SP, JUTACRIM 97/488, Rel. Walter Swensson).

Atipicidade (art. 16 da Lei 6.368). Concede-se a ordem de trancamento da ação penal, em face da ínfima quantidade de “maconha”, em cujo uso foi flagrado o ora paciente, assim configurado o chamado princípio da insignificância (STJ, RHC 7.205, Rel. Min. José Dantas, DJU 18.5.98).

Se persiste dúvida sobre a real nocividade da erva em termos de sua ínfima posologia, o que se pode dizer é que, embora individualizada a natureza da erva, pela verificação botânica e química, isto é, tratar-se realmente de maconha, no entanto, dada sua inocuidade, pela insignificância da dose, o caminho é o da absolvição. Se não se tem certeza da nocividade real (e não hipotética) da erva, ainda que também não se tendo certeza absoluta de sua inocuidade, o simples

juízo instalado de dúvida, quando mais não seja, remanesce como roteiro para a absolvição (TJRS, AP 687001792, Rel. Nelson Luiz Púperi, j. 7.5.87).

6.4 A previsão legal de tipos privilegiados, contravenções penais e infrações de menor potencial ofensivo (previsão legislativa residual)

Alega-se que não se poderia aplicar o princípio da insignificância aos casos em que a própria lei já prevê a criminalização de condutas de resultado menores. É o caso, por exemplo, do furto de coisa de pequeno valor (CP, art. 155, parágrafo segundo), a apropriação indébita de coisa também de pequeno valor (CP, art. 170), o estelionato onde é pequeno o prejuízo à vítima (CP, art. 171, parágrafo primeiro), valendo lembrar, ainda, a lei das contravenções penais, que nada mais é do que um conjunto de infrações de menor gravidade.

Não há motivo algum para não se aplicar o princípio da insignificância a tais situações, porquanto mesmo nesses casos a valoração normativa da ofensa pode ser tão ínfima que nem aos tipos privilegiados ou às contravenções penais possa a conduta se adequar.

6.5 Ausência de resposta jurídica às lesões de direitos

A adoção do princípio da insignificância, para alguns, pode gerar uma sensação de ausência de resposta jurídica, provocando a busca da satisfação de um sentimento pessoal de justiça, o que colocaria em risco a paz social.⁴⁰

Na verdade, o que se busca com o princípio da insignificância não é a exclusão de uma determinada conduta do ordenamento jurídico, mas apenas a não utilização de mecanismos penais para a resolução dos conflitos, transferindo o problema para outros instrumentos de controle social.

Assim, a conduta poderia passar a ser disciplinada de forma administrativa e receberia uma sanção de caráter disciplinar. Em muitos países tais medidas vêm sendo adotadas, comprovando-se sua eficácia. A prevenção geral restou suficientemente assegurada mediante a imposição de multas, e ao infrator são mostrados claramente quais são os limites de sua liberdade. Além disso, a justiça

criminal passa a ter mais agilidade em razão do desafogamento das instâncias penais. Na Alemanha, por exemplo, todo direito penal de escassa importância e que não tenha sido derogado foi convertido em direito administrativo.

As vantagens decorrentes da adoção de tais medidas são inúmeras, além da já citada eliminação da sobrecarga de trabalho, o que permite uma efetiva tutela jurisdicional em relação aos casos graves, pode-se citar ainda a economia com os custos sociais decorrentes da manutenção da incriminação e da conseqüente necessidade de sua persecução penal, evitando assim que a aplicação da pena tenha um custo maior dos que os benefícios trazidos à sociedade e ao próprio agente do delito.

⁴⁰ Odone SANGUINÉ (1990, p. 48)

7. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO

Luiz Flávio GOMES (2001a, p. 439-442) sustenta que as infrações bagatelares, isto é, aquelas que não necessitam da intervenção penal face não ter sido atingido consideravelmente um determinado bem jurídico, podem ser classificadas em dois princípios: da insignificância e da irrelevância penal do fato.

A diferença entre os dois princípios fundamenta-se no fato de que para o reconhecimento do princípio da insignificância leva-se em conta tão somente o desvalor do resultado, enquanto que para a adoção do princípio da irrelevância penal do fato, indispensável é o reconhecimento cumulativo do desvalor do resultado, da conduta e da culpabilidade. Afirma Luiz Flávio GOMES (2001a, p. 455):

Se com relação ao primeiro (princípio da irrelevância penal do fato) são plenamente pertinentes inclusive considerações pessoais (culpabilidade, vida anterior, antecedentes criminais, ocasionalidade da infração, primariedade, restituição da *res* ou ressarcimento etc.), porque está em jogo a “necessidade” da pena (o fato é formal e subsidiariamente típico), com referência ao segundo (princípio da insignificância) esses critérios pessoais não têm nenhum sentido, porque o que interessa (para o fim da tipicidade ou atipicidade) é o fato objetivo praticado e não as tendências ou inclinações subjetivas do autor (especialmente porque o fato realmente insignificante é típico tão só na aparência, mas não materialmente).

As conseqüências jurídicas decorrentes da adoção de cada um dos princípios também são diferentes: enquanto o princípio da insignificância exclui a tipicidade do fato, em contra partida, o princípio da irrelevância penal do fato provoca a dispensa de pena, em razão de sua desnecessidade no caso concreto.

O fundamento legal do princípio da irrelevância penal do fato encontra-se disposto no art. 59 do Código Penal, que prevê a fixação da pena conforme seja *necessário* e suficiente para a prevenção e reprovação do delito. Isso significa que quando um fato for considerado irrelevante em razão da presença de todos os requisitos dos delitos bagatelares (resultado, conduta e culpabilidade) a pena torna-se desnecessária.

Por outro lado, o princípio da insignificância, salvo algumas hipóteses excepcionais previstas no Código Penal Militar, não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, embora não possua previsão expressa

para a aplicação aos casos da Justiça ordinária, o princípio da insignificância encontra aplicação amplamente difundida pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

A problemática que surge é que em razão de não existirem critérios legais e uniformes de aplicação dos princípios relativos aos delitos bagatelares, as decisões dos Tribunais são proferidas segundo os entendimentos mais diferenciados, o que gera desigualdades e patentes injustiças.

Alguns julgados reconhecem a existência das infrações bagatelares levando-se em conta tão somente o desvalor do resultado (princípio da insignificância):

Todo crime, além da conduta, tem resultado. Tratando-se, no caso concreto, de um cigarro de maconha e não havendo informação de esse comportamento traduzir repetição, seqüência de outros da mesma natureza, é evidente, que a pequena quantidade não é bastante para causar o evento. Se houve a conduta, não houve, entretanto, o resultado relativamente relevante. É importante demonstrar se a substância trazia potencial para afetar o bem juridicamente tutelado" (STJ, RHC nº 7.252, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 1.6.98).

Por outro lado, existem decisões que levam em consideração, cumulativamente, o desvalor da conduta, do resultado e da culpabilidade (princípio da irrelevância penal do fato):

Somente a análise individualizada, atenta às circunstâncias que envolveram o fato, pode autorizar a tese da insignificância. A natureza do ocorrido, bem como a vida pregressa do paciente, não permitem acolher a tese da singularidade" (STF, HC nº 70.747-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 7.12.93).

Nesse último julgado, conquanto o resultado jurídico tenha sido insignificante, o fato (globalmente considerado) não foi admitido como penalmente irrelevante, visto que o réu era reincidente (já condenado antes por desacato e desobediência a policiais).

Essa decisão proferida pelo Ministro Francisco REZEK, embora adote de certa forma o direito penal de autor, encontra respaldo em um princípio que está em elaboração no direito italiano, que é o da irrelevância penal do fato, o qual pode gerar repercussão na área da processabilidade do caso (solução processual) ou da punibilidade (solução penal). Com efeito, em março de 1998 foi apresentado ao

Senado italiano o Projeto de Lei 4.625, que pretendia acrescentar o art. 346-bis ao CPP, com a seguinte redação:

Título III-bis – Irrelevância penal do fato – Art. 346-bis – (Exclusão da procedibilidade por irrelevância penal do fato) – 1. Para os delitos para os quais a lei estabelece uma pena privativa de liberdade não superior a três anos ou uma pena pecuniária única ou conjuntamente cominada com a citada pena, a procedibilidade fica excluída quando resulta a irrelevância penal do fato (...); 2. O fato é penalmente irrelevante quando, com relação ao interesse tutelado, a exigüidade do dano ou do perigo derivado, assim como a modalidade da conduta, sua ocasionalidade, valorada inclusive com relação à capacidade de delinquir do réu, e o grau da culpabilidade não justificam o exercício da ação penal...

Uma outra proposta apresentada pretende trabalhar com o mesmo princípio em termos de direito penal, excluindo-se, no entanto, a punibilidade (em virtude da desnecessidade da pena).⁴¹

⁴¹ Luiz Flávio GOMES (2001, p. 454).

8. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELOS OPERADORES DO DIREITO

Analisada a estrutura teórica do princípio da insignificância, passa-se a examinar a atuação dos operadores do direito penal quando se deparam com um caso de bagatela.

Em primeiro lugar, no que tange a autoridade policial, afirma Carlos Alberto Marchi de QUEIROZ (1995, p. 46-47) que, apesar do art. 17 do Código de Processo Penal estipular que a autoridade policial não pode mandar arquivar autos de inquérito policial, há muito tempo os delegados de polícia paulistanos vêm aplicando o princípio da insignificância. Sustenta que a falta de amparo legal para a aplicação do princípio não invalida e nem compromete o comportamento da autoridade policial, tendo em vista que a insignificância é detalhe que se mede pelo conhecimento direto e imediato da realidade social do plantonista ou do Delegado titular da unidade policial, por dispor de conhecimentos jurídicos que lhe permitem verificar se a situação caracteriza-se ou não como insignificante.

Em que pesem os argumentos do autor citado, a possibilidade de arquivamento do inquérito policial por parte da autoridade policial, além de não possuir respaldo legal, provoca certa insegurança, por subtrair do Poder Judiciário a competência para exame das circunstâncias da eventual prática de delito, inclusive no que diz respeito a sua inexistência material. Vale lembrar que, mesmo o representante do Ministério Público, quando entenda que é caso de aplicação do princípio da insignificância, deve necessariamente requerer o arquivamento do inquérito policial à autoridade judiciária (CPP, art. 28). Não parece admissível possa a autoridade policial agir de forma diferente. Portanto, deve a autoridade policial em tais casos remeter o inquérito a juízo, descrevendo os fatos e suas circunstâncias, informando que deixou de adotar medidas ulteriores, a seu cargo, por entender atípica a conduta.

Em segundo lugar, no que diz respeito a atuação por parte do Ministério Público, como acima consignado, deve o Promotor de Justiça ou o Procurador da República requerer o arquivamento do inquérito policial, haja vista não constituir crime o fato narrado nos autos, na medida em que a falta de tipicidade material leva

à ausência da própria tipicidade. Se não existe tipicidade, não se pode falar em fato típico. Se não há fato típico, não subsiste a própria infração penal.

Por fim, insistindo o órgão do Ministério Público no oferecimento da denúncia em tais situações, cabe ao juiz a sua imediata rejeição face o contido no art. 43, I, do Código de Processo Penal.

9. POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DIANTE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

9.1 Evolução das decisões acerca do princípio da insignificância nos Tribunais Superiores

9.1.1 Supremo Tribunal Federal

No ano de 1981 o Ministro Clóvis RAMALHETE proferiu decisão entendendo inexistir crime de dano na ação de cortar folhas de uma palmeira, embora não tenha reconhecido expressamente a incidência do princípio da insignificância.⁴²

O primeiro caso em que se reconheceu de forma expressa o princípio da insignificância na Suprema Corte foi em 6.12.88, em recurso relatado pelo Ministro Aldir PASSARINHO, em que se reconheceu a insignificância de lesão corporal consubstanciada em pequena esquimose.⁴³ O relator concluiu seu voto afirmando que a lesão corporal leve pode justificar a ação penal, mas aquela que praticamente nada representa não caracteriza o delito penal. Em tal decisão, além, do reconhecimento do princípio da insignificância pela primeira vez na Suprema Corte, passou a admitir a possibilidade de discussão da insignificância do delito pela via do *habeas corpus*, desde que houvesse comprovação da extensão da lesão.

O Supremo Tribunal Federal voltou a se manifestar a respeito do tema em 7.12.1993⁴⁴, em *habeas corpus* impetrado por Luiz LUISI e relatado pelo Ministro Francisco REZEK. Tratava-se de um caso de lesões corporais, ocorridas em razão de atropelamento de um guarda de trânsito por um motociclista. Entendeu o relator que somente a análise individualizada de cada caso, considerando-se as circunstâncias que o envolvem, pode ou não autorizar a aplicação do princípio da insignificância. Assim, a ordem foi indeferida face a gravidade do fato e a condição de reincidente do agente, já condenado por desacato e desobediência. Tal decisão mereceu severa crítica por parte de Luiz LUISI (1998, p. 227), que afirmou:

É inquestionável que, se não existe a tipicidade, as circunstâncias presentes no contexto do fato e a vida passada do autor não têm a virtude de transformar em

⁴² RHC 59.191. RTJ 100/157.

⁴³ RHC 66.869. RTJ 129/187.

⁴⁴ HC 70.747. RTJ 159/199.

ilícito o fato. Uma lesão insignificante a um bem jurídico, ainda que seja de autoria de um reincidente na prática de delitos graves, não faz com que ao mesmo se possa atribuir um delito. Seus antecedentes, por mais graves que sejam, não podem levar à tipificação criminal de uma conduta que, por haver causado insignificante dano a um bem jurídico, não causou uma lesão relevante.

Num terceiro momento, em recurso relatado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 16.6.98, afirmou-se que consubstancia ato insignificante a contratação isolada de mão-de-obra por parte de Município, visando atender atividade de gari, tendo-se em vista o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade.⁴⁵

9.1.2 Superior Tribunal de Justiça

Na esfera do Superior Tribunal de Justiça, aos poucos o princípio da insignificância foi sendo reconhecido como instrumento de exclusão da tipicidade das condutas inofensivas a bens jurídicos, embora sem seguir um critério uniforme de aplicação, ora levando-se em conta o desvalor do resultado, ora considerando-se aspectos pessoais do agente.

O Ministro Athos CARNEIRO, em 13.12.90, no julgamento de Ação Penal de competência originária do STJ, reconheceu a insignificância de acidente automobilístico de conseqüências praticamente nulas para a incolumidade física da vítima, tendo em vista que o dano causado tratava-se de pequena solução de continuidade da pele.⁴⁶ Nesse julgamento, o Ministro Luiz Vicente CERNICCHIARO, que atuou como vogal, ressaltou a importância da máxima *de minimis non curat pretor* e considerando, também, o comportamento do agente, que socorreu a vítima, decidiu assim, por razões de política judiciária a em face de ter ocorrido apenas ligeira repercussão anatômica, no mesmo sentido do relator.

Num segundo caso, em 15.3.93, o Ministro Luiz Vicente CERNICCHIARO, então relator do recurso, restou vencido no julgamento, prevalecendo tese sustentada pelo Ministro Adhemar MACIEL.⁴⁷ Este último, embora reconhecendo a existência do princípio da insignificância, entendeu por bem não aplicá-lo, por não se

⁴⁵ HC 77.003-4.

⁴⁶ Ação Penal 13

encontrarem presentes seus pressupostos fáticos. A controvérsia girava entorno de um furto qualificado tentado de bens no valor de Cr\$ 22.000,00 (o que equivaleria hoje a aproximadamente R\$ 140,00). O relator, sustentando que o conceito de subtração insignificante não se define pelo valor econômico ou afetivo, embora a ele esteja vinculado, e considerando como valor-piso o salário mínimo vigente à época do fato, deu provimento ao recurso para reformar a decisão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, que negara ordem de *habeas corpus* ao agente. Divergindo do relator do recurso, o Ministro Adhemar MACIEL rejeitou a aplicação do princípio por entender que os documentos da vítima, que também foram objeto da tentativa de furto, eram mais valiosos que a bolsa e fitas cassetes gravadas, tendo valor para seu legítimo dono, que deles necessita permanentemente, e que teria trabalho para obter uma segunda via dos mesmos, caracterizando assim um evidente prejuízo patrimonial. O Ministro admitiu de forma implícita a possibilidade da suscitação do princípio da insignificância em sede de *habeas corpus*.

Em recurso relatado pelo Ministro Pedro ACIOLI, em 27.9.93, restou consignado não ser o *habeas corpus* via idônea ao exame aprofundado de provas, entendendo assim que a insignificância deve ser aferida durante o desenrolar da instrução criminal, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, ante a análise do quadro probatório, ainda que se trate, como no caso em análise, de pequenas escoriações.⁴⁸

Em data de 30.11.93, o STJ julgou caso em que o amásio da vítima teria cortado-lhe o pescoço com uma faca, tendo sido denunciado por lesões corporais. O Juiz singular absolveu o réu sob o fundamento da política criminal e da harmonia do lar. A decisão proferida no segundo grau de jurisdição manteve a sentença, acrescentando-lhe o fundamento da bagatela. No STJ, restou decidido pelo relator do processo, Ministro Adhemar MACIEL, que não se tratava de lesão insignificante, visto que a vítima ficara hospitalizada por ferimento lácero-contuso do pescoço, com avulsão da musculatura.⁴⁹ Importante mencionar que no julgamento do recurso restou vencido o Ministro Luiz Vicente CERNICCHIARO, por entender que se o

⁴⁷ HC 2119.

⁴⁸ RHC 2919.

⁴⁹ REsp 38.117.

Tribunal recorrido aplicara o princípio da insignificância é porque a extensão do ferimento não fora de maior relevância.

No recurso de *Habeas Corpus* relatado pelo Ministro José DANTAS e julgado em 1.12.93, embora não se tenha mencionado de forma expressa a aplicação do princípio da insignificância, reconheceu-se, de passagem, como crime de bagatela o furto de uma campainha musical do interior de uma loja comercial.⁵⁰

Em 20.4.94, o STJ analisou caso em que o Tribunal de Justiça de Pernambuco denegou a ordem impetrada contra a decisão do juízo singular, o qual recebera a denúncia por crime de lesão corporal levíssima (medindo 25 milímetros de extensão no lábio superior), decorrente de acidente automobilístico, ao fundamento de que sem lei que o consagre, o princípio da insignificância constitui posicionamento do chamado direito alternativo. No STJ, a decisão do *Recurso de Habeas Corpus*, proferida pelo Ministro José DANTAS, foi no sentido de que o princípio da insignificância amolda-se à tumultuada vida moderna e que tem crescido em aceitação, nas linhas criativas da construção pretoriana, sem o temor de confundir-se com o chamado direito alternativo.⁵¹

O Ministro José DANTAS também foi relator de recurso julgado em 15.6.94, em que se reconheceu a insignificância penal de desavenças entre familiares afinal harmonizados, determinando-se o trancamento do inquérito policial.⁵²

Julgando *Recurso de Habeas Corpus*, o Ministro Luiz Vicente CERNICCHIARO, em 13.3.95, concedeu, de ofício, a segurança em favor da paciente que pleiteava recorrer em liberdade da decisão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro que a condenara pelo furto de uma caixa de chocolates no valor de R\$ 8,08. No acórdão, restou discutida a questão acerca da natureza jurídica do princípio da insignificância: se excludente da tipicidade ou da culpabilidade, tendo prevalecido a primeira tese.⁵³

Analisando caso de descaminho, o Ministro Cid Flaquer SCARTEZZINI em 12.11.96 afirmou que a apreensão de duas garrafas de vinho em situação irregular, em meio a grande quantidade examinada e devidamente acompanhada de

⁵⁰ RHC 3.210.

⁵¹ RHC 3.557.

⁵² RHC 3.725.

⁵³ RHC 4311.

documentação fiscal, não pode caracterizar, pela sua pequenez, crime de descaminho.⁵⁴

Houve, a seguir, duas outras decisões acerca do crime de descaminho. Na primeira delas, em que foi relator o Ministro José Arnaldo da FONSECA (8.4.97), em caso onde um dos acusados foi apanhado com apenas quatro relógios, e outro, com quatorze, reconheceu-se a incidência do princípio da insignificância face a pequena quantidade e o mínimo valor da mercadoria apreendida.⁵⁵ Argumentou o relator que uma condenação criminal seria, pelas suas conseqüências, desproporcional ao dano decorrente da conduta praticada pelos recorridos, todos primários e de bons antecedentes. Na segunda decisão, em acórdão relatado pelo Ministro Luiz Vicente CERNICCHIARO, aplicou-se o princípio da insignificância em caso de descaminho de mercadoria de pequena monta. A ementa do julgamento refere-se à ausência de dolo, já que fora esta a circunstância que levava o Tribunal recorrido a absolver o réu.⁵⁶

Em 20.5.97, o STJ não reconheceu a incidência do princípio da insignificância em caso de falsidade ideológica, praticada por meio de simulação em documento de dispensa de empregado por justa causa, para propiciar o levantamento de FGTS no importe de R\$ 1.500,00. O relator do recurso, Ministro Félix FISCHER, após manifestar-se a respeito da teoria da atipicidade conglobante, de ZAFFARONI, resume sua apreciação na distinção entre ofensa mínima ao bem jurídico e o objeto material do delito, e acaba por concluir que o equivalente a R\$ 1.500,00 não enseja o reconhecimento do princípio da insignificância.⁵⁷ Afirma o relator que o princípio da insignificância se refere a hipótese de ofensa mínima ao bem jurídico que não deve ser confundido com a proporção de dano em relação ao patrimônio do sujeito passivo.

No que diz respeito ao delito de roubo, em acórdão relatado pelo Ministro Anselmo SANTIAGO em data de 15.9.97, ficou assentado que no roubo, mais que o valor apropriado, prevalece a extrema vilania da ação praticada pelo agente, a merecer a devida reprimenda. Concluiu ser inviável, diante da violência praticada, a

⁵⁴ HC 5920.

⁵⁵ REsp. 111010.

⁵⁶ REsp. 78663.

⁵⁷ RHC 6319.

exclusão do delito sob a invocação da inexistência de prejuízo, ou da aplicação do princípio da insignificância.⁵⁸

Em julgamento proferido em 5.2.98, pelo Ministro José Arnaldo da FONSECA, conclui-se pela inidoneidade do *habeas corpus* para a aplicação do princípio da insignificância.⁵⁹

Decisão de extrema importância, que envolvia o delito previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76, foi proferida pelo Ministro José DANTAS em 7.4.98. O relator concedeu a ordem de trancamento da ação penal em razão da ínfima quantidade de entorpecente (0,3 gramas de maconha), em cujo o uso foi flagrado o agente. Fundamentou sua decisão no REsp. 154840, julgado em 18.12.97, cuja ementa afirmava que o crime, além da conduta, reclama resultado – no sentido de provocar dano, ou perigo, ao bem jurídico. O tráfico e o uso de entorpecentes são definidos como delito porque acarretam, pelo menos, perigo para a sociedade, ou para o usuário. A quantidade ínfima descrita na denúncia não projeta o perigo reclamado.⁶⁰

O STJ, levando em conta aspectos pessoais do acusado, deixou de reconhecer a aplicação do princípio da insignificância pelo fato do autor do delito possuir antecedentes criminais. No acórdão, julgado em 8.9.98, em que foi relator o Ministro José Arnaldo da FONSECA, afirmou-se que o princípio da insignificância deve ser sempre prestigiado, por questão de política criminal, porém não se ajusta ao infrator que apresenta extenso rol de práticas infracionais.⁶¹

O delito de descaminho foi objeto de nova apreciação no REsp 111011 (Relator o Ministro Edson VIDIGAL, julgado em 1.10.98, tendo por objeto a quantia de NCZ\$ 1.403,10) e no REsp. 167925 (Relator o Ministro Luiz Vicente CERNICCHIARO, julgado em 23.11.98, tendo por objeto mercadorias no valor de U\$\$ 822,60). Em ambas as decisões o STJ reconheceu a aplicação do princípio da insignificância.

Em processo envolvendo discussão acerca de tráfico de entorpecentes, decidiu o Ministro Fernando GONÇALVES, em 25.3.99, que a apreensão de quantidade mínima de drogas (0,25 gramas de cocaína), sem qualquer prova de

⁵⁸ REsp. 74302.

⁵⁹ RHC 6523.

⁶⁰ RHC 7205.

⁶¹ REsp. 159995.

tráfico, não possui repercussão penal, à mingua de lesão ao bem jurídico tutelado, enquadrando-se o tema no campo da insignificância.⁶²

Alterando tese anteriormente definida, o STJ passou a entender, em decisão proferida em 15.6.99, onde restou vencedor o Ministro Félix FISCHER, que o delito previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76 é de perigo presumido ou abstrato e que o princípio da insignificância não pode ser utilizado para neutralizar, praticamente *in genere*, uma norma incriminadora. Sustentou o relator que se a norma visa as condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo tóxico para exclusivo uso próprio é porque alcança justamente aqueles que portam (usando ou não) pequena quantidade de drogas (v.g., “um cigarro de maconha”), visto que dificilmente alguém adquire, guarda ou traz consigo, para exclusivo uso próprio, grandes quantidades de tóxicos (v.g., arts. 12, 16 e 37 da Lei nº 6.368/76). No corpo de seu voto, afirma o Ministro relator que a aplicação do princípio da insignificância em casos como este seria o mesmo que tornar, *ex ante*, letra morta o disposto no art. 16, ou ainda, seria uma revogação juridicamente desamparada.⁶³

O Ministro Félix FISCHER voltou a se manifestar acerca do princípio da insignificância em decisão proferida em 14.3.2000. No caso, tratava-se de delito de latrocínio em que ocorreu a desclassificação, determinando-se a denúncia por homicídio qualificado. A residual figura da subtração patrimonial, já agora sem violência ou grave ameaça e sem vínculo causal com o primeiro delito, não pôde mais ser admitida, dada a insignificância da *res furtiva* (R\$ 1,00). Afirmou o relator que o princípio da insignificância, pela atipicidade conglobante, afasta a tipicidade penal.⁶⁴

O Ministro José Arnaldo da FONSECA, em 16.3.2000, baseando-se na legislação fiscal (Lei nº 9.469/97, art. 1º; e MP 1.542/28/97, art. 20), aplicou o princípio da insignificância face o ínfimo valor da mercadoria de procedência estrangeira apreendida e o valor dos tributos incidentes sobre os bens apreendidos, o qual não ultrapassava o montante de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).⁶⁵

Esse último entendimento também foi adotado pelo o Ministro Félix FISCHER, em decisão proferida em 16.3.2000, em que se afirmou que a lesividade

⁶² HC 7977.

⁶³ HC 8827.

⁶⁴ HC 11542.

da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas.⁶⁶ Diversas decisões foram proferidas a seguir no mesmo sentido: Resp. 224392, Rel. Min. Jorge SCARTEZZINI, julgado em 16.3.2000; REsp. 235151, Rel. Min. Gilson DIPP, julgado em 4.4.2000; REsp. 238373, Rel. Min. Fernando GONÇALVES, julgado em 27.4.2000.

No que diz respeito ao tráfico de drogas, em 9.5.2000, o Ministro Fernando GONÇALVES decidiu que a quantidade mínima de droga apreendida não constitui justa causa para trancamento de ação penal, com base no princípio da insignificância, já que a legislação não fixa qual a porção de droga apreendida de modo a definir a situação do traficante ou usuário, podendo tal conclusão ser auferida somente após a instrução criminal.⁶⁷

O princípio da insignificância foi aplicado em caso de delito de não recolhimento de contribuições previdenciárias (Lei nº 8.212/91, art. 95, alínea “d”) em decisão proferida pelo Ministro José Arnaldo da FONSECA, proferida em 7.11.2000, onde se reconheceu a ausência de ofensa ao bem jurídico em razão da pequena monta dos valores não recolhidos à instituição previdenciária.⁶⁸

O STJ recusou a hipótese de aplicação do princípio da insignificância em caso de crime praticado por prefeito municipal (DECRETO-LEI nº 201/67), sob o fundamento de que o *habeas corpus* não é meio idôneo para se reconhecer a aplicabilidade do referido princípio e que não se pode ter como insignificante o desvio de bens públicos levado a cabo por agente político, que, no exercício de suas funções, deve obediência aos mandamentos legais e constitucionais, notadamente ao princípio da moralidade pública. Essa decisão foi prolatada em 6.2.2001 pelo Ministro José Arnaldo da FONSECA.⁶⁹

Contrariando decisões anteriores, o Ministro Vicente LEAL, em 13.2.2001, reconheceu a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância quando for ínfima a quantidade de droga encontrada em poder do réu.⁷⁰

⁶⁵ REsp. 221.489.

⁶⁶ REsp. 229542.

⁶⁷ HC 11695.

⁶⁸ REsp. 240656.

⁶⁹ Petição 1301.

⁷⁰ REsp. 286178.

Ratificando, todavia, o entendimento anterior, o Ministro Fernando GONÇALVES voltou a se manifestar sobre o tema, tendo afirmado, em decisão de 20.2.2001, que a ínfima quantidade de droga apreendida em poder do paciente não rende ensejo à aplicação do princípio da insignificância, porquanto trata-se de crime de perigo abstrato, cuja violação ao bem jurídico tutelado (saúde pública) consuma-se com o simples porte, para uso próprio.⁷¹ Tal posicionamento também foi confirmado no HC 15318, Rel. Min. Jorge SCARTEZZINI, julgado em 7.8.2001 e no HC 16913, Rel. Min. José Arnaldo da FONSECA, julgado em 18.9.2001.

O Ministro Fernando GONÇALVES, no entanto, em 3.12.2001, alterou radicalmente seu posicionamento, passando a entender que não se justifica o acionamento do aparelho judiciário em se tratando de delito de uso (art. 16, da Lei nº 6.368/76) quando a quantidade de substância entorpecente encontrada e apreendida alcança apenas 0,003 – novecentos e três miligramas – de “maconha”.⁷²

Em caso que envolvia a venda de cartão de estacionamento falso da Prefeitura do Rio de Janeiro, o Ministro Gilson DIPP, em 4.6.2002, concluiu que é necessária a aplicação do princípio da insignificância, excludente da tipicidade, se evidenciado que a vítima não teria sofrido dano relevante ao seu patrimônio. Afirmou o relator que se considera delito de bagatela o estelionato praticado, em tese, para a obtenção de vantagem de ínfimo valor monetário consistente em apenas R\$ 3,00 (três reais).⁷³

Em 3.12.2001, o STJ voltou a julgar questão relativa a uso de entorpecentes, onde se decidiu que sendo ínfima a pequena quantidade de droga encontrada em poder do réu, o fato não tem repercussão na seara penal, à mingua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância. Foi relator do processo o Ministro Hamilton CARVALHIDO.⁷⁴

Tal entendimento voltou a ser novamente contrariado pelos Ministros Félix FISCHER (RHC 12601/RJ, julgado em 4.2.2003) e José Arnaldo da FONSECA (25.2.2003), que entenderam que a pequena quantidade da substância encontrada na posse dos sujeitos ativos não é suficiente para descaracterizar o delito previsto no art. 16, da Lei nº 6.368/76 (posse ilegal de substância entorpecente), porquanto o

⁷¹ HC 13967.

⁷² REsp. 287819.

⁷³ HC 18314.

delito referido é de perigo presumido ou abstrato, esgotando-se no simples fato de carregar consigo, para uso próprio, substância entorpecente.

9.1.3 Superior Tribunal Militar

Em julgamento concernente à posse de pequena quantidade de entorpecente, o STM deixou de analisar o reconhecimento da bagatela do delito, uma vez que entendeu não ser o mesmo aplicável na justiça castrense. Foi relator do recurso o Ministro Carlos Eduardo Cezar de ANDRADE.⁷⁵

No entanto, em recurso relatado pelo Ministro Paulo Cesar CATALDO, reconheceu-se a aplicação do princípio da insignificância no caso de lesões inexpressivas, que provocaram pequena lesão.⁷⁶

Ratificando esse último entendimento, o Ministro Sérgio Xavier FEROLLA reconheceu a aplicação do princípio da insignificância em caso relativo a lesão corporal de resultado ínfimo.⁷⁷

O STM adotou posição peculiar no que tange aos delitos de imprudência. Em pelo menos duas decisões, em que foram relatores os Ministros José Sampaio MAIA⁷⁸ e Carlos Eduardo Cezar de ANDRADE⁷⁹ reconheceu-se que o princípio da insignificância não se aplica àquela espécie de delito, tendo em vista que o elemento decisivo da ilicitude no fato culposo reside no desvalor da ação, e não do resultado.

9.2 Análise da aplicação do princípio da insignificância nas diversas espécies de delito

Conquanto existam decisões que não admitem a existência do princípio da insignificância no ordenamento jurídico pátrio⁸⁰, de uma maneira em geral, os

⁷⁴ HC 17956.

⁷⁵ AP 47.589-3, DJU – I, 17.1.97, p. 249.

⁷⁶ AP 47.828-0, DJU – I, 17.1.97, p. 250.

⁷⁷ AP 47.884-1, DJU – I, 15.7.97, p. 32.666.

⁷⁸ AP 47.656-3, DJU – I, 6.5.96, p. 14.565.

⁷⁹ AP 47.522-2, DJU – I, 6.5.96, p. 14.566.

⁸⁰ A adoção do princípio de insignificância, vulnera o princípio da legalidade e da isonomia expressos na Constituição Federal, e por isso, inadmissível o seu reconhecimento” (TJPR, Ac. 10.497, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Osiris Fontoura, j. 19.3.98).

Tribunais brasileiros vêm reconhecendo a atipicidade material das condutas de pequena relevância. Nota-se uma maior aplicação do princípio da insignificância nos casos relativos aos delitos de furto, contrabando e descaminho, apropriação indébita, lesão corporal e posse de substância entorpecente. Vale, ressaltar, no entanto que o princípio da insignificância pode ser aplicado em qualquer tipo de delito, material, formal, de mera conduta, comissivo ou omissivo, doloso ou culposo, levando-se em consideração sempre o critério normativo da nocividade social.

Nota-se que dentre as decisões que reconhecem a incidência do princípio da insignificância não há uma uniformização do critério de aplicação do princípio, ora se levando em consideração o desvalor da conduta, ora o desvalor do resultado e ora o desvalor da conduta, do resultado e da culpabilidade de forma conjunta. Tal situação provoca um sentimento de insegurança jurídica, além de causar graves injustiças.

9.2.1 Lesão corporal

ACIDENTE DE TRANSITO. LESAO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESAO. PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA. CRIME NAO CONFIGURADO. SE A LESAO CORPORAL (PEQUENA EQUIMOSE) DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRANSITO E DE ABSOLUTA INSIGNIFICANCIA, COMO RESULTA DOS ELEMENTOS DOS AUTOS - E OUTRA PROVA NAO SERIA POSSIVEL FAZER-SE TEMPOS DEPOIS - HA DE IMPEDIR-SE QUE SE INSTAURE ACAO PENAL QUE A NADA CHEGARIA, INUTILMENTE SOBRECARRREGANDO-SE AS VARAS CRIMINAIS, GERALMENTE TAO ONERADAS (STF, RHC 66869, 2ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 6.12.88).

CRIMINAL. LEVISSIMA LESÃO CORPORAL CULPOSA. PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INDISCUTIVEL A INSIGNIFICANCIA DA LESÃO CORPORAL CONSEQUENTE DE ACIDENTE DO TRANSITO ATRIBUIDO A CULPA DA MÃE DA PEQUENA VITIMA, CABE TRANCAR-SE A AÇÃO POR FALTA DE JUSTA CAUSA. PRECEDENTES DO TRIBUNAL (STJ, RHC 3557, 5ª Turma, Rel. Min. José Dantas, j. 20.4.94).

A insignificância das lesões sofridas pela vítima afasta a tipicidade do crime previsto no art. 129 do CP, impondo-se a solução absolutória (TACrimSP, Rel. Ercílio Sampaio, JUTACRIM 78/336).

Em caso de crime culposo, com indubitosa insignificância da lesão corporal, cuja inexpressividade é patente, cabe a adoção do princípio da insignificância, em face do comprometimento da materialidade do delito (TACrim, AP 559.819-9, Rel. Aguiar Vallim, j. 6.12.89).

Empurrão em pessoa embriagada que se mostrava impertinente. Comportamento etílico do ofendido que, costumeiramente, causava repulsa aos presentes. Irrelevância penal, no caso, dos ferimentos levíssimos ostentados pela vítima. Recurso provido para absolver o réu. (TJSC, AP 24.998, Rel. Aloysio de Almeida Gonçalves, j. 24.8.89).

O simples tapa de ligeiras proporções constitui fato de total insignificância do ponto de vista jurídico-penal, não merecendo a movimentação da máquina policial e judiciária para solucionar o incidente (TACrimSP, Rel. Galvão Coelho, JUTACRIM 43/296).

9.2.2 Delito contra a honra

Acusação de que o querelante, com 12 anos de idade, agrediu outros menores e cuspiu no paletó do porteiro do prédio em que reside, são atos que devem ser classificados como meras traquinagens e que não podem ser elevados à categoria de "fatos ofensivos à reputação" do querelante, mas de mero delito de bagatela. O princípio da insignificância pertine aos delitos de bagatela, permitindo sua consideração pela jurisdição penal como fatos atípicos, posto que destituídos de qualquer valoração a merecer tutela, e, portanto, irrelevantes. São os que pertinem a ações aparentemente típicas, mas de tal modo inexpressivas e insignificantes que não merecem a reprovabilidade penal (TACrimSP, JUTACRIM 97/488, Rel. Walter Swensson).

9.2.3 Furto

RHC – CONSTITUCIONAL – PENAL PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – HABEAS CORPUS DE OFÍCIO – O Habeas Corpus, por seu procedimento, não comporta investigação probatória. O fato deve projetar-se isento de dúvida. Concede-se, todavia, Habeas Corpus de ofício, caracterizada a pequenez do valor do furto. Princípio da insignificância. O resultado (sentido jurídico-penal) deve ser relevante, quanto ao dano, ou perigo ao bem juridicamente tutelado. De minimis non curat Praetor. Modernamente, ganha relevo – o princípio da insignificância. O delito (materialmente examinado) evidencia resultado significativo. Deixa de sê-lo quando o evento é irrelevante. Não obstante conclusão doutrinária diversa, afirmando repercutir na culpabilidade, prefiro tratar a matéria como excludente da tipicidade, ou seja, o fato não se subsume à descrição legal (STJ, RHC 4311, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Cemicchiaro, DJU 19.6.95, p. 18751).

Em tema de subtração de coisa insignificante, como singela melancia, o dano é tão párvulo que o tipo não se integra, impondo-se o desacolhimento da ação penal (TACrimSP, AP 481.889-1, 11ª Câmara do TACrim, Rel. Gonçalves Nogueira, j. 31.8.87. RJDTACrim 5/60, jan.-mar. 1990).

FURTO QUALIFICADO - Tentativa - Subtração de duas maçãs - Ação que não teve nenhuma repercussão no patrimônio da vítima - Princípio da insignificância - Absolvição - Recurso provido. A conduta do agente que subtrai uma fruta de um "sacolão" é atípica, em face do princípio da insignificância, pois, apesar de a ação ajustar-se formalmente ao tipo legal de crime, a tipicidade não resta esgotada

nessa subsunção por não atingir o bem jurídico de maneira ofensiva ou concretamente perigosa que justifique uma reação penal. (TACRimSP, Apelação nº 988.073/2, 10ª Câmara, Relator Márcio Bártoli, j. 3.1.96, RJTACRIM 29/145).

FURTO MÍNIMO – Não basta que uma conduta humana se ajuste a um determinado tipo para que, desde logo, se extraia a conclusão de que, em princípio, tal conduta é ilícita – Urge, ainda, que essa adequação seja completada pela comprovação da antijuridicidade material dessa conduta – Absolvição, por isso, decretada. Apesar da manifestação em contrário da maioria da doutrina brasileira, não se pode atribuir ao conceito de antijuridicidade uma conotação exclusivamente formal, quaisquer que sejam os riscos que se insiram nesse posicionamento (TACrSP, AP nº 283.949, 5ª Câmara Criminal, Rel. Juiz Silva Franco, j. 23.12.81).

APELACAO-CRIME. FURTO. PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA. APLICABILIDADE. EM SENDO IRRISORIA A AFETACAO DO BEM JURIDICO, AINDA QUE APLICADA PENA MINIMA, ESTARIA ELA DESPROPORCIONAL, FRENTE A INSIGNIFICANCIA SOCIAL DO FATO. APELO IMPROVIDO. (TJRS, AP Nº 70005678479, Câmara Especial Criminal, Rel. Maria da Graça Carvalho Mottin, j. 25.2.2003)

9.2.4 Dano

DANO - Estrago ao patrimônio público de pequena monta - Prejuízo significativo - Atipicidade - Aplicação do princípio da insignificância - Inteligência: art. 163 do Código Penal. O dano não deve restringir-se tão-somente à mera lesão de coisa alheia, mas sim àquela que representa realmente significado para o seu proprietário. Assim, no caso do prisioneiro que serra a grade do xadrez numa tentativa frustrada de fuga, não há lesão significativa ao bem alheio, devendo ser excluída a tipicidade penal. (TACrimSP, Apelação nº 614.803/7, 10ª Câmara, Relator Saraiva de Medeiros, j. 19.12.90, RJDTACRIM 9/75).

APELAÇÃO – DANO QUALIFICADO – REFORMATIO IN MELLIUS – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – APLICAÇÃO – EMBRIAGUEZ – INCOMPATIBILIDADE COM O ELEMENTO SUBJETIVO DO DELITO DE DANO – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – I- A ausência de recurso por parte da defesa não impede o reconhecimento de nulidade absoluta, pois a “reformatio in melius” é admitida no Direito brasileiro, principalmente se o réu não recorreu, em atenção ao princípio “favor rei”. II – Conforme precedentes do STJ que, julgando a imputação de um delito de descaminho, reconheceu como insignificante uma conduta de omissão no pagamento de tributos no valor de R\$966.66, o princípio da insignificância poderá ter aplicação, inclusive, em relação a valores que, a “prima facie”, não pareçam insignificantes para a maioria da população, dependendo do desvalor da conduta e do resultado, sempre relacionado com o patrimônio da vítima. III- De acordo com precedentes pretorianos, não se pode dizer que o réu que quebra vidros do edifício do Fórum, causando prejuízo ao Estado de R\$ 80,00 (oitenta reais), realiza conduta significativamente lesiva ao patrimônio da Administração Pública a merecer a reprovação com a pena privativa de liberdade. IV- No delito de dano qualificado, o elemento subjetivo do injusto é incompatível com o estado de embriaguez que não atua como causa de exclusão de culpabilidade, mas de atipicidade da conduta, pela ausência do “animus

nocendi". V- De ofício, reformar a sentença para absolver o réu (TAMG, AP 0326888-0, 2ª Câmara Criminal, Rel. Alexandre Victor de Carvalho, j. 29.5.2001).

9.2.5 Estelionato

ESTELIONATO – SAQUES INDEVIDOS – SEGURO-DESEMPREGO – ART. 171 DO CP – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – Com força no princípio da insignificância jurídica, a infração formalmente típica pode ser considerada delito de bagatela, quando o dano dela resultante não causa impacto no objeto material do tipo penal. A infração penal vertente não causou lesão ao bem jurídico tutelado no tipo penal em comento, porque é de pequena monta o valor do prejuízo causado à entidade pública (TRF 4ª Região, RSE 2001.70.01.004624-6, Turma Especial, Rel. Fábio Rosa, DJU 6.2.2002, p. 1110).

ESTELIONATO – ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA JURÍDICA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – SÚMULA Nº 60 DESTA CORTE – Da decisão que não recebe ou rejeita a denúncia cabe recurso em sentido estrito, a teor do que dispõe a Súmula nº 60 desta Corte. Todavia, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, disposto no art. 579 do Código de Processo Penal, há que ser recebida a apelação como recurso em sentido estrito. O princípio da insignificância jurídica é aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações falta juízo de censura penal. Considerando que o prejuízo ocasionado em detrimento da entidade pública que gerencia o seguro-desemprego foi de pequena monta, deve-se entender que a construção pretoriana amolda-se perfeitamente aos fatos havidos e que culminaram com o oferecimento da denúncia, sendo, portanto, correta a decisão de primeiro grau que rejeitou a inicial pela aplicação do princípio da insignificância jurídica (TRF 4ª Região, ACr 97.04.70526-3, 2ª Turma, Rel. Vilson Darós, DJU 14.6.2000).

ESTELIONATO – CHEQUE DE TERCEIRO EXTRAVIADO DADO EM PAGAMENTO DE SERVIÇO – TÍTULO DEVOLVIDO POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS – VALOR IRRISÓRIO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA LEI PENAL – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – APLICAÇÃO – RECURSO PROVIDO – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – Tendo o agente pago por serviços profissionais com cheque de terceira pessoa, tido por extraviado, devolvido por insuficiência de fundos, sendo o valor irrisório, é de se reconhecer que não houve lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, posto que, sendo o Direito Penal de natureza fragmentária, deve alcançar somente o que seja necessário, sem ocupar-se de insignificâncias (TAMG, AP 0273198-2, 2ª Câmara Criminal, Rel. Erony da Silva, j. 28.3.2000).

9.2.6 Apropriação indébita

RHC. APROPRIAÇÃO INDEBITA. PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA. 1. NÃO SE REVELA PASSIVEL DE CENSURA PENAL O FATO DA APROPRIAÇÃO PELO PROCURADOR DE INFIMA QUANTIA PERTENCENTE AO CONSTITUINTE, A TITULO DE VERBA HONORARIA E DE DESPESAS GERAIS DO PROCESSO, SEJA PORQUE AINDA EXISTIAM VALORES A RECEBER, OPORTUNIDADE EM QUE SERIA FEITA A DEVIDA COMPENSAÇÃO, SEJA PORQUE EVIDENCIADO MERO DELITO DE BAGATELA (0,30 SALARIO MINIMO). O EVENTO NESTAS

CIRCUNSTANCIAS E IRRELEVANTE, DANDO AZO A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA, EXCLUDENTE DA TIPICIDADE. 2. RECURSO PROVIDO (STJ, RHC 6918, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 17.11.97).

9.2.7 Contrabando e descaminho

Penal. tráfico de entorpecentes. Cloreto de etila (lança-perfume). Dependência física ou PSÍQUICA. Ausência. não configuração do delito. Contrabando. Apreensão de um tubo. Irrelevância penal. O cloreto de etila, por não causar dependência física ou psíquica, não pode ser classificado como droga de tráfico e uso condenado nas sanções da Lei nº 6.368/76. O mencionado produto, de fabricação argentina, é de importação, comercialização e uso proibidos no Brasil, enquadrando-se o desrespeito a tais vedações o crime previsto no art. 334, do Código Penal, de competência da Justiça Federal. Precedentes deste Tribunal (CC nº 10.590/PR e CC nº 16.251/PR). A apreensão de quantidade ínfima de mercadoria - um único tubo de lança perfume - sem qualquer prova do contrabando, não tem repercussão penal, à míngua de lesão ao bem jurídico tutelado, enquadrando-se o tema no campo da insignificância. Habeas-corpus concedido (STJ, HC 10971, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, j. 7.12.99).

PENAL. CONTRABANDO. INGRESSO IRREGULAR DE MERCADORIAS ESTRANGEIRAS DE PEQUENO VALOR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. O ingresso irregular de mercadorias estrangeiras em quantidade ínfima por pessoas excluídas do mercado de trabalho que se dedicam ao "comércio formiga" não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância. Recurso especial conhecido e desprovido (STJ, REsp. 234623, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, j. 14.3.2000).

RHC - CONTRABANDO OU DESCAMINHO - ART. 334, PAR. 1., "C", CP - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA - RECURSO PROVIDO. NÃO CARACTERIZA O CRIME PREVISTO NO ART. 334, PAR. 1., "C", DO CP, A APREENSÃO EM DEPOSITO DE DUAS UNIDADES DE MERCADORIAS DE INFIMO VALOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR, EM MEIO A GRANDE QUANTIDADE EXAMINADA E DEVIDAMENTE ACOMPANHADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. RECURSO PROVIDO PARA O FIM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL (STJ, RHC 5920, 5ª Turma, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, j. 12.11.96).

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL. LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Não é ilegal a decisão que concede habeas corpus de ofício para trancar a ação penal em crime de descaminho de bens cujos impostos incidentes e devidos sejam iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00 (mil reais) - valor de crédito dispensado pela Fazenda Pública. Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando, conseqüentemente, a aplicação do princípio da insignificância. Recurso conhecido e desprovido (STJ, REsp. 246602, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 18.9.2001).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCAMINHO (ART. 334, caput, segunda figura, do Código Penal). PRINCÍPIO DA BAGATELA OU DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO, IN CASU. Se o valor do tributos incidentes sobre os bens

apreendidos não ultrapassa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) - mínimo exigido para a propositura de uma execução fiscal, nos termos da Lei 9.469/97, art. 1º; e MP 1.542/28/97, art. 20 - torna-se forçoso reconhecer insignificante a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Precedentes. Recurso especial conhecido, mas desprovido (STJ, REsp. 236702, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 21.8.2001).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Aplica-se o princípio da insignificância ao não pagamento de impostos em valores que o próprio Estado expressou o seu desinteresse pela cobrança. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp. 250631, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 17.5.2001).

9.2.8 Sonegação de contribuição previdenciária

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPORTÂNCIA INFERIOR AO PATAMAR DO DISPOSITIVO QUE DETERMINA EXTINÇÃO DOS CRÉDITOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. Constatando-se que a importância que deixou de ser recolhida aos cofres do INSS é inferior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determinou a extinção dos créditos oriundos de contribuições sociais, correta a aplicação do princípio da insignificância. Recurso desprovido (STJ, Resp. 261403, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 16.10.2001).

PENAL E PROCESSUAL PENAL - NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DESCONTADA DE EMPREGADO - ART. 95, ALÍNEA "D", DA LEI 8.212/91 - EXCLUSÃO DE TIPICIDADE - LEI 9.441/97 - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS PARA ABSOLVER O RÉU. 1. Se a Lei 9.441/97, em sua art. 1º, considera insignificante débito de valor inferior a R\$ 1.000,00, tanto que o extingue, não existe razão lógica ou jurídica para que se condene o Réu pelo não pagamento de uma dívida recusada pelo próprio credor, que não a julga significativa. 2. Aplicação, na espécie, do princípio da insignificância, que exclui a tipicidade de condutas de pequeno potencial lesivo. 3. Concessão de habeas corpus de ofício em favor do Réu, para julgar improcedente a denúncia e absolvê-lo da imputação que lhe foi feita. 4. Apelação do Ministério Público prejudicada (TRF 1ª Região, AP 1000305171, Processo 199801000305171, 3ª Turma, Rel. Osmar Tognolo, j. 16.3.99).

RECURSO DE HABEAS CORPUS - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA I- Aplicabilidade do princípio da insignificância diante da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado no tipo penal. II- Débito mensal inferior a um salário mínimo, de pouca relevância jurídica. III- Remessa necessária improvida (TRF 2ª Região, RHC 98, Processo 200002010719266, 3ª Turma, Rel. Tania Heine, j. 28.6.2001).

9.2.9 Delitos previstos na Lei nº 6.368/76

Todo crime, além da conduta, tem resultado. Tratando-se, no caso concreto, de um cigarro de maconha e não havendo informação de esse comportamento traduzir repetição, seqüência de outros da mesma natureza, é evidente, que a pequena quantidade não é bastante para causar o evento. Se houve a conduta, não houve, entretanto, o resultado relativamente relevante. É importante demonstrar se a substância trazia potencial para afetar o bem juridicamente tutelado” (STJ, RHC nº 7.252, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 1.6.98).

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE 0,25 G DE COCAÍNA. IRRELEVÂNCIA PENAL. A apreensão de quantidade ínfima de droga - 0,25 g -, sem qualquer prova de tráfico, não tem repercussão penal, à mingua de lesão ao bem jurídico tutelado, enquadrando-se o tema no campo da insignificância. Habeas-corpus concedido (STJ, HC 7977, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 25.3.99).

PENAL. ENTORPECENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Sendo ínfima a pequena quantidade de droga encontrada em poder do réu, o fato não tem repercussão na seara penal, à mingua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância. Recurso especial conhecido (STJ, REsp. 286178, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, j. 13.2.2001).

APELACAO-CRIME. ARTIGO 16 DA LEI N 6368/76. QUANTIDADE INFIMA DE MACONHA. PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA. APLICABILIDADE. SENDO INFIMA A LESAO AO BEM JURIDICO, O CONTEUDO DO INJUSTO E TAO PEQUENO, QUE NAO SUBSISTE QUALQUER RAZAO PARA QUE SE IMPONHA REPRIMENDA. RECEPACAO. AUSENCIA DE PROVA DA ORIGEM ILICITA DO BEM. ABSOLVICAO QUE SE IMPOE. A SIMPLES NATUREZA DO OBJETO NAO DETERMINA SUA ORIGEM ESPURIA. E INDISPENSAVEL A PRESENCA DE ELEMENTOS SEGUROS QUE COMPROVEM SER A RES PRODUTO DE CRIME. PORTE DE ARMA. CONFISSAO JUDICIAL ALICERCADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICCAO. TIPICIDADE DA CONDUTA. 1. A CONFISSAO JUDICIAL, EM PERFEITA HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICCAO COLIGIDOS NO PROCESSO, TORNA ISENTA DE DUVIDA A AUTORIA. 2. PARA QUE O COMPORTAMENTO SE AJUSTE AO TIPO LEGAL BASTA QUE A ARMA ESTEJA DISPONIVEL PARA UTILIZACAO. PENA. SUBSTITUICAO. PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS, DE RIGOR A CONCESSAO DA BENESSE. INTELIGENCIA DO ARTIGO 44, § 2, DO CODIGO PENAL. (12 FLS.) (TJRS, AP Nº 70002892271, Câmara Especial Criminal, Rel. Maria da Graça Carvalho Mottin, j. 28.8.2001).

9.2.10 Delitos contra a fauna (Lei nº 5.197/67)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME CONTRA A FAUNA. LEI Nº 5.197/67 – Aplica-se o princípio da insignificância (ou da bagatela) se o agente é pessoa, em estado de miserabilidade, que abateu três animais de pequeno porte para subsistência própria (STJ, Resp. 182847, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 5.4.99, p. 160).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. A apanha de apenas quatro minhocuçus não desloca a competência para a Justiça

Federal, pois não constitui crime contra a fauna, previsto na Lei nº 5.197/67, em face da aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a conduta não tem força para atingir o bem jurídico tutelado. 2. Conflito conhecido. Declarada a competência da Justiça Estadual para os demais delitos. Concedido, porém, habeas corpus de ofício trancando, em face do princípio da insignificância, a ação penal referente ao crime previsto na Lei nº 5.197/67, exclusivamente (STJ, CC 20312, 3ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 23.8.99, p. 72).

PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIME CONTRA A FAUNA - SENTENÇA QUE NÃO SE MANIFESTA SOBRE A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - AUSÊNCIA DE NULIDADE EM RAZÃO DO REGIME FECHADO IMPOSTO NO DECRETO CONDENATÓRIO - INDULTO QUE NÃO PREJUDICADO EXAME DA APELAÇÃO - APANHA SE INSETOS - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. Conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a concessão de indulto ao Apelante não impede o exame de sua apelação. 2. Ausência de nulidade na sentença que não se manifesta sobre a suspensão condicional da pena, tendo em vista o regime fechado imposto na sentença em razão de ser o réu estrangeiro. 3. Mesmo em se tratando de crime contra a fauna, aplicável o princípio da insignificância, causa supralegal de exclusão de tipicidade que afasta a incidência da norma penal em fato de pouca relevância social, como na hipótese em que o estrangeiro é preso em flagrante transportando nove insetos capturados no Brasil. 4. Interpretação racional da Lei 5.197/67. 5. Apelação a que se dá provimento (TRF 1ª Região, AP 1000126369, Processo 199801000126369, Rel. Juiz Osmar Tognolo, j. 16.3.99).

PENAL. POSSE DE ANIMAIS SILVESTRES. CONDUTA DE POUCA RELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. A incidência da norma penal, em face do princípio da intervenção mínima, deve ocorrer apenas na medida necessária para a proteção do bem jurídico, somente devendo sancionar as lesões que produzam graves conseqüências. 2. A posse de nove pássaros silvestres, por acusado residente no meio rural, dentro dos hábitos da cultura local, sem demonstração de intenção comercial, não caracteriza o crime previsto no art. 1º da Lei n. 5.197/67. Aplicação do princípio da insignificância. 3. Improvimento do recurso em sentido estrito (TRF 1ª Região, RC 01000504222, Processo 199801000504222, 3ª Turma, Rel. Olindo Menezes, j. 28.9.99).

9.2.11 Delitos praticados por Prefeitos Municipais (DECRETO-LEI Nº 201/67)

DENUNCIA-CRIME - CRIME DE FALSIDADE IDEOLOGICA - ATUAL PREFEITO MUNICIPAL - ORACAO ACUSATORIA QUE DESCREVE CONDUTA TIPICA, POREM, EM FACE DO PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA, PENALMENTE IRRELEVANTE - REJEICAO DA DENUNCIA (TJPR, AP 112748800, 1ª Câmara Criminal, Rel. Clotário Portugal Neto, j. 20.12.2001).

PREFEITO MUNICIPAL - CRIMES DE RESPONSABILIDADE - DENUNCIA - JUIZO DE ADMISSIBILIDADE. I – ART. 89, "CAPUT", DA LEI N. 8.666/93 - DISPENSA DE LICITACAO – SERVICO DE COLETA E TRANSPORTE DE LIXO - HIPOTESE PERMITIDA PELA LEI - ATIPICIDADE. AUTORIZANDO A LEI N. 8.666/93 A DISPENSA DE LICITACAO EM CASO DE EMERGENCIA (ART. 24, IV), A CONTRATACAO DIRETA DE EMPRESA PRIVADA PARA A PRESTACAO DE SERVICO PUBLICO ESSENCIAL REALIZADA EM SITUACAO CRITICA –

CONSTATADA EM REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - E PELO PRAZO PERMITIDO, NAO CONFIGURA O TIPO INCRIMINADOR PREVISTO NO "CAPUT" DO SEU ART. 89. II - ART. 1., III, DO DECRETO-LEI N. 201/67 - DESPESAS DE "PRONTO-PAGAMENTO" - BAGATELAS - PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA - ATIPICIDADE. CUIDANDO-SE DE DESPESAS DE DIMINUTO VALOR, CRITERIOS DE RAZOABILIDADE E DE PROPORCIONALIDADE DESAUTORIZAM, EM FACE DA INSIGNIFICANCIA JURIDICA DA CONDUTA, RESPONSABILIZAR-SE PENALMENTE PREFEITO MUNICIPAL A PRETEXTO DE USO INDEVIDO DE VERBAS PUBLICAS. III - ART. 1., XIV, DO DECRETO-LEI N. 201/67 - INEXECUCAO DE LEI MUNICIPAL - FALTA DE REPASSE DAS CONTRIBUICOES DEVIDAS AO FUNDO DE SEGURIDADE DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. LASTREANDO-SE A DENUNCIA EM ELEMENTOS REVELADORES DA FALTA DE REPASSE DE CONTRIBUICOES DEVIDAS AO FUNDO DE SEGURIDADE DOS SERVIDORES MUNICIPAIS, VIABILIZA-SE PROVIMENTO POSITIVO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL EM QUE SE IMPUTA A PREFEITO MUNICIPAL A PRÁTICA DA INFRAÇÃO PREVISTA NO ART. 1., XIV (PRIMEIRA PARTE), DO DECRETO-LEI N. 201/67. DENUNCIA PARCIALMENTE RECEBIDA (TJPR, AP 94447600, 2ª Câmara Criminal, Rel. Telmo Cherem, j. 21.12.2000).

INQUÉRITO - DENÚNCIA - PREFEITO MUNICIPAL - CO-AUTORIA - PRERROGATIVA DE FUNÇÃO - FORO PRIVILEGIADO - CONEXÃO - UNIDADE DO PROCESSO QUANTO AOS PARTICÍPES - ADMISSIBILIDADE - CRIME DE RESPONSABILIDADE (ART. 1º, INC. III E IV, DO DEC. LEI Nº 201/67 C/C O ART. 29, DO CP) - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PRELIMINARES - INÉPICA DA INICIAL POR ATIPICIDADE DA CONDUTA DOS AGENTES - ANTIJURIDICIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA À FALTA DE EXPOSIÇÃO DO FATO CRIMINOSO (ART. 41, DO CPP) - FALTA DE NARRAÇÃO DAS CONDUTAS E DO LIAME SUBJETIVO ENTRE OS PARTICÍPES - APLICAÇÃO DE RECURSOS DO FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO - FUNDEF - IMPUTAÇÃO ADSTRITA AO PAGAMENTO DE SALÁRIOS A TRÊS SERVIDORES DO MUNICÍPIO E UMA CORRIDA DE TÁXI NO VALOR DE R\$ 60,00 (SESSENTA REAIS) - ATIVIDADES MEIO NECESSÁRIAS AO FUNCIONAMENTO DOS SISTEMAS DE ENSINO - DETALHAMENTO - MANUAL DE ORIENTAÇÃO DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - ADEQUAÇÃO NA UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDEF - SERVIDORES MUNICIPAIS VINCULADOS À ATIVIDADE DE ENSINO - FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE O FATO IMPUTADO E O COMPORTAMENTO DO AGENTE NA INFORMATIO DELICTI - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SINTONIA OU DA FIDELIDADE (RESONANZPRINZIP) OU DA CORRESPONDÊNCIA, E DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL - DENÚNCIA REJEITADA - 1 - Competente é o Tribunal de Justiça para o julgamento de infração penal imputada a Prefeito Municipal no exercício do mandato art. 29, X, da CF, e Leis nºs 8.038/90 e 8.658/93. 2 - A competência especial por prerrogativa de função é extensiva aos co-autores, predominando quanto ao agente de maior categoria, em caso de concurso de pessoas submetidas a jurisdição diversas. 3 - Não é formalmente inepta a denúncia que contém narrativa ajustada ao modelo de conduta proibida, permitindo a adequação típica. 4 - Apta também é a denúncia que, embora de forma resumida possibilita a compreensão acerca da acusação, descrevendo o fato típico atribuído aos acusados. 5 - Embora necessária a individualização da conduta de cada partícipe de molde a estabelecer o liame subjetivo, não obstante,

há de ser mitigado o rigorismo técnico-processual admitindo-se a denúncia que contém referência sucinta ao nexu objetivo – relação de casualidade – e ao vínculo subjetivo – vontade de contribuir para o crime. 6 – Releva-se insuficiente ao recebimento da denúncia o atendimento às formalidades do art. 41, do CPP, ou a descrição de um comportamento do agente, hábil, em tese, à configuração do tipo penal. 7 – Indemonstrada a correlação entre o fato imputado e ao comportamento do agente, impõe-se a rejeição da denúncia. Aplicação aos princípios da sintonia ou da fidelidade, ou da correspondência entre o fato imputado e o comportamento do agente retratado na informatio delicti. 8 – Destituído de qualquer violação a merecer tutela, afigura-se delito de bagatela o pagamento de R\$ 60,00 (sessenta reais) de uma corrida de táxi, embora com utilização de recursos do FUNDEF. Aplicação do princípio da insignificância. 9 – Denúncia rejeitada (TJAC, INQ 99.000433-3, Rel. Eva Evangelista, j. 31.5.2000).

10. CONCLUSÃO

A fragmentariedade do direito penal pode ser compreendida como a atividade de seleção de determinados bens jurídicos, considerados de grande relevância para a sociedade, para que passem a receber a proteção penal frente a algumas formas de agressão. O caráter fragmentário aponta para a idéia de que o direito penal está reservado para determinados fatos muito específicos e que possuam alguma significação na vida social.

Por sua vez, a subsidiariedade do direito penal, que pressupõe a fragmentariedade, deriva de sua consideração como instrumento de sanção extremo, que por esse motivo só deve ser utilizado naqueles casos mais graves em que nenhum outro meio sirva como forma de solução do problema. O uso do direito penal apenas se legitima quando os demais ramos do Direito não se mostrem eficazes de tutelar os bens considerados mais importantes pela sociedade.

Quando da elaboração de um tipo penal, o legislador acaba por alcançar situações que não deveriam ser abrangidas pelo direito penal, pois como os tipos são conceitos abstratos, é impossível evitar que sua previsão legal tenha um alcance maior do que aquele que deveria possuir. O legislador não dispõe de meios para evitar que tal atividade alcance também os casos leves.

Para solucionar situações como essas é que surge o princípio da insignificância com a finalidade precípua de servir como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal. De acordo com tal princípio, não podem ser consideradas penalmente típicas condutas que, conquanto se amoldem formalmente a um tipo legal, não causem ofensa significativa ao bem jurídico protegido pela norma penal. Os fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade não devem receber uma sanção penal.

O princípio da insignificância atua no direito penal por meio da tipicidade. Conquanto se observe uma evolução no estudo do tipo penal, desde a concepção carente de natureza valorativa de BELING, até o conceito final de ação, em que se leva em consideração os elementos anímicos e subjetivos, conclui-se que todas as teorias elaboradas a respeito do tipo penal entendiam a tipicidade como um juízo formal de subsunção, isto é, de adequação de um fato à uma descrição feita pela lei.

Tal posicionamento, no entanto, vai de encontro à tese, já referida, que pretende reduzir ao máximo o campo de incidência da tutela penal, face ao seu elevado custo social, contrariando, assim, o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal.

Dessa forma, visando impedir que sejam abrangidas pelo tipo penal condutas que não deveriam ser alcançadas, por serem aceitas pela sociedade ou por gerarem um dano social irrelevante, atribui-se ao tipo, além de um sentido puramente formal, um caráter material. O tipo deve ser visto, assim, como algo dotado de conteúdo valorativo. Para que uma conduta humana possa ser considerada típica não basta apenas que o comportamento se amolde formalmente a um tipo legal, mas deve também ser materialmente lesivo ao bem jurídico protegido, ou ética e socialmente reprovável.

Portanto, somente quando uma conduta dotada de periculosidade (criadora de riscos) alcança o núcleo de garantia e proteção da norma, que expressa um bem ou interesse jurídico, é que se pode falar em um fato penalmente relevante (mesmo porque, sob o signo do direito penal da ofensividade, não há crime – ou não deve haver crime – sem uma concreta ofensa ao bem jurídico protegido – *nullum crimen sine iniuria*).

Quanto à jurisprudência, de uma maneira geral os Tribunais brasileiros vêm reconhecendo a atipicidade material das condutas de pequena relevância. Nota-se uma maior aplicação do princípio da insignificância nos casos relativos aos delitos de furto, contrabando e descaminho, apropriação indébita, lesão corporal e posse de substância entorpecente. Frise-se, todavia, que o princípio da insignificância pode ser aplicado em qualquer tipo de delito, material, formal, de mera conduta, comissivo ou omissivo, doloso ou de imprudência, levando-se em consideração sempre o critério normativo da nocividade social.

Em razão de não existirem critérios legais e uniformes de aplicação do princípio da insignificância, as decisões dos Tribunais são proferidas segundo os entendimentos mais diferenciados, o que gera desigualdades e patentes injustiças. Assim, existem decisões que não reconhecem a existência do princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro. Outros julgados reconhecem a existência das infrações bagatelares, todavia, levando-se em conta tão somente o

desvalor do resultado. Por fim, existem decisões que levam em consideração, cumulativamente, o desvalor da conduta, do resultado e da culpabilidade.

Falta à doutrina e aos Tribunais como um todo o estabelecimento de um procedimento de reconhecimento da criminalidade de bagatela. É necessário haver uma uniformização de tratamento a fim de retirar o princípio da insignificância do conceito meramente individual e pessoal de cada operador do Direito. Caso contrário, estar-se-á caminhando para o fracasso do princípio, visto que construído para a garantia da justiça material e, uma vez sendo mal aplicado, tende a produzir uma injustiça tão significativa quanto o seu não reconhecimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKEL FILHO, Diomar (1988). "O princípio da insignificância no direito penal". Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo v. 94.
- ASSÚA, Luis Jiménez de (1951). Tratado de derecho penal, Tomo III. Buenos Aires: Editorial Losada S.A.
- BATISTA, Nilo (1996). Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan.
- BITENCOURT, Cezar Roberto (2000). Manual de direito penal. São Paulo: Saraiva.
- CALLEGARI, André (1997). "O critério da bagatela para o crime de descaminho e o princípio da insignificância". Boletim IBCCrim nº 56.
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves (2001). "Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito". Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (organizador Sérgio Salomão Shecaira). São Paulo: Método.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de (1992). Fundamentação constitucional do direito penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- CELIDONIO, Celso (1999). "O princípio da insignificância". Revista de Direito Militar nº 16.
- CEREZO MIR, José (2001). Curso de derecho penal español, parte general, v. II. Madrid: Editorial Tecnos.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez (2002). A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- _____ (1993). Teoria do crime. São Paulo: Editora Acadêmica.
- _____ (1985). Direito penal (a nova parte geral). Rio de Janeiro: Forense.
- DOTTI, René Ariel (1988). Reforma penal brasileira. Rio de Janeiro: Forense.
- FRANCO, Alberto Silva (1986). Temas de direito penal. São Paulo: Saraiva.
- _____ (1982). JUTACRIM – Lex 69/442.
- GARCETE, Carlos Alberto (2001). "O princípio da insignificância". Revista dos Tribunais nº 789.

GOMES, Luiz Flávio. (2002). Norma e bem jurídico no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____ (2002) "Prisão por furto de uma cebola". Jornal Estado do Paraná de 26.5.2002.

_____ (2001a) "Delito de bagatela: princípio da insignificância e da irrelevância penal do fato". Revista dos Tribunais nº 789.

_____ (2001b). Princípio da ofensividade no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____ (1992). "Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela". Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 0.

HASSEMER, Wilfried (1994). "Perspectivas de uma moderna política criminal". Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 8.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas (2002). Tratado de derecho penal, parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial.

LUIZI, Luiz (1998) Boletim IBCCrim nº 63, Jurisprudência.

_____ (1991). Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

_____ (1987). O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro (2000). Princípio da insignificância no direito penal – Análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MACIEIRA, Ricardo Felipe R (1996). "Princípio da insignificância". Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 15.

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

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz (1994). Derecho penal (parte general), 1. Trad. Jorge Bofill GenzSch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.

PIVA, Paulo Cesar (2000). "Princípio da insignificância – Excludente de ilicitude e tipicidade penal". Revista Jurídica nº 274.

PRADO, Luiz Regis (1997). Bem jurídico-penal e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____; BITENCOURT, Cezar Roberto (1995). Elementos de direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. "A autoridade policial e o princípio da insignificância". Revista Jurídica nº 12.

REBÊLO, José Henrique Guaracy (2000). Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey.

ROSA, Fabio Bitencourt da. "Alguns princípios de direito penal". Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região nº 40.

ROXIN, Claus (2002). Política criminal e sistema jurídico penal, trad. de Luiz Greco. Rio de Janeiro: Renovar.

____ (1976). Problemas básicos del derecho penal, trad. de Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, S.A.

____ (1972). Política criminal y sistema del derecho penal. Barcelona: Bosch.

SANGUINÉ, Odone (1990). "Observações sobre o princípio da insignificância". Fascículos de Ciências Penais, vol. 3, nº 1.

SARTI, Amir José Finocchiaro (2001). "Jurisprudência criminal do Tribunal Federal da 4ª Região". Revista Jurídica nº 285.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. "O princípio da insignificância no direito penal brasileiro". Revista Jurídica nº 143.

TAVARES, Juarez (1992). "Critérios de seleção de crimes e cominação de penas". Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 0.

____ (1980). Teorias do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TOLEDO, Francisco de Assis (1999). Princípios Básicos de direito penal. São Paulo: Saraiva.

VITALE, Gustavo L. (1998). "Estado constitucional de derecho y derecho penal". Teorías actuales en el derecho penal – 75º aniversario del Código Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc.

WELZEL, Hans (1976). Derecho penal alemán, Parte general. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

WESSELS, Johannes (1976). Direito penal, Parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique (2001). Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____ (1999). Tratado de derecho penal, Parte general, III. Buenos Aires: Ediar.