

ROSELY PEREIRA FERNANDES

Princípio da Insignificância no Direito Brasileiro

Bacharel em Direito

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2009**

ROSELY PEREIRA FERNANDES

Princípio da Insignificância no Direito Brasileiro

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica do Prof. (Ms) Fábio Pinha Alonso, e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2009**

Folha de Aprovação

Assis, ____ de _____ de ____

Assinatura

Orientador: Prof. Fábio Pinha Alonso

Examinador: Carlos Ricardo Fracasso

Dedicatória

Para aqueles que mais amo, meus pais, meu esposo e principalmente meu filho Thiago, que em todo momento estiveram comigo, incondicionalmente, dedico este trabalho, feito acerca daquilo que mais gosto, o Direito.

Agradecimentos

A DEUS, que me deu capacidade e sabedoria para concretizar meu sonho. Aos senhores professores, aos meus familiares e amigos que conquistei no decorrer desta trajetória, pelo apoio e incentivo de valor inestimável.

Sumário

Introdução.....	09
I- Considerações Gerais sobre o Direito Penal.....	11
II- Evolução Histórico Doutrinária do Direito Penal.....	13
2.1- Neokantismo.....	14
2.2- A Problemática Criminal.....	14
2.3- Escola Clássica.....	15
2.4- Escola de Darwin.....	16
2.5- Escola Positiva.....	16
2.6- Escola Francesa.....	17
2.7- Terceira Escola Italiana.....	17
2.8- Escola da Defesa Social.....	18
III- Evolução Histórica do Direito Brasileiro.....	19
3.1- Período Colonial (1500 – 1822)	19
3.2- Período Imperial: Código Criminal de 1830	19
3.3- Código Penal de 1890.....	20
3.4- Revisão do Código Penal de 1890 aos Trabalhos preparatórios do Código Penal de 1940.....	20
3.5- O Código Penal de 1940.....	21
3.6- A Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940.....	21
IV- Elementos Constitutivos do Crime.....	23
V- Tipicidade Formal e Material.....	26
VI- Breves Apontamentos Sobre Princípios.....	28
VII – Origens e Evolução Histórica do Princípio da Insignificância.....	30
VIII- Conceito e Importância do Princípio da Insignificância.....	33
IX- Aplicabilidade do Princípio da Insignificância.....	37

X- Princípios Constitucionais Referentes ao Princípio da Insignificância.....	41
10.1- Princípio da Legalidade.....	41
10.2- Princípio da Fragmentariedade.....	42
10.3- Princípio da Subsidiariedade.....	42
10.4- Princípio da Lesividade.....	43
10.5- Princípio da Intervenção Mínima.....	43
10.6- Princípio da Adequação Social.....	44
10.7- Princípio da Proporcionalidade.....	44
XI- Aspectos Restritivos do Princípio da Insignificância.....	46
XII- Apontamentos Jurisprudenciais acerca do Princípio da Insignificância.....	50
Conclusão.....	52
Referências.....	55

Resumo

O Princípio da Insignificância será tratado de maneira doutrinária, e, vislumbrado através da jurisprudência, como uma forma de efetivar os princípios constitucionais e penais basilares de um Direito Penal Mínimo, Fragmentário e Subsidiário.

Ainda, será tratado como um relevante fator de restrição ao poder punitivo Estatal, e, sobretudo, consubstanciado como uma forma de amenizar as injustiças, verificadas na desproporcionalidade entre o resultado lesivo e a aplicação da sanção, e meio capaz de desafogar o Judiciário Brasileiro.

Palavras-chave

Direito Penal – Princípio da Insignificância – tipicidade – atipicidade – celeridade

Abstract

The Principle of Insignificant will be treated doctrinal, and glimpsed through the case law, as a way to give effect to the constitutional principles and a basic criminal law Criminal Law, fragmentary and Subsidiary.

Still, it is treated as a relevant factor restriction can punitive State, and, above all, embodied as a way to alleviate the injustices recorded in the disparity between the harmful result and the penalty, and able to vent through the Brazilian judiciary.

Keywords

Criminal Law – Principle of Insignificant – typicality – atypicality – celerity

Introdução

O Princípio Constitucional do Acesso à Justiça é plenamente assegurado a todos os cidadãos que tiverem seus direitos lesionados ou ameaçados de lesão (Art. 5º, XXXV, CF). Com isso, toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a um direito, é passível de apreciação judicial.

O nosso Estatuto Repressivo, bem como as Legislações Esparsas, elencam inúmeros delitos e contravenções penais que, ao serem praticados, refletem na tipicidade e na antijuridicidade, autorizando, assim, a busca do lesionado pela sua então chamada “Justiça”.

Legalmente, as condutas criminosas, independentemente de quais sejam, devem ser punidas a título de satisfação da pretensão de um e repreensão de outro. Sendo esta uma forma de incutir no agente que, para condutas reprováveis, há a imposição de sanção. Logo, não devem ser praticadas.

No contexto das condutas, temos as leves, graves, gravíssimas e aquelas as quais não há como mensurar, devido à sua insignificância. Estas, que de uma forma ou de outra, quando invocado o Princípio da Inafastabilidade, movimentarão o Judiciário.

Para as primeiras, o magistrado se vale de agravantes e atenuantes, no intuito axial de determinar a gravidade do crime e a dosagem da pena a ser atribuída ao agente. Já as últimas, caracterizadoras dos crimes de bagatela, são as que merecem a efetiva análise social de reprovabilidade, pois o núcleo do tipo sempre será o mesmo, mas o valor do objeto litigado nem sempre será relevante.

Isto posto, quanto maior a demanda de ações propostas, maior será os processos pendentes e mais morosa será a justiça, visto que a oferta de magistrados tornou-se insuficiente para apreciar os feitos e dar efetividade ao Princípio da Celeridade (Art. 5º, LXXVIII, CF).

Em razão disso, paira a seguinte questão: movimentar a grande, custosa e morosa máquina judiciária, em razão da punição pela pequena ofensividade é mais benéfico às partes e à sociedade do que dirimir os litígios através de acordos pacíficos, baratos e céleres?

A solução desta dúvida encontra-se no Princípio da Insignificância, tese deste trabalho, e que será analisada desde um contexto geral bem como de um ângulo específico.

Num primeiro momento, serão analisadas particularidades sobre o Direito Penal, iniciando com uma definição até sua evolução histórico – doutrinária, no mundo e em nosso país.

Após, serão tratados os parâmetros delineadores do Princípio da Insignificância, bem como sua origem, evolução histórica, conceito, aplicabilidade, restrições e correspondência com outros princípios constitucionais.

Finalmente, serão inseridos posicionamentos jurisprudenciais acerca do princípio da insignificância, juntamente com alguns exemplos práticos extraídos dos Tribunais e do Supremo Tribunal Federal, a fim de elucidar a quão está sendo aplicado o aludido princípio.

I – Considerações Gerais sobre o Direito Penal

Segundo o jurista Luiz Flávio Gomes (2007, p.27), o Direito Penal, pode ser definido do ponto de vista dinâmico e social como:

um dos instrumento do controle social *formal* por meio do qual o Estado, mediante um determinado sistema normativo (leia-se: mediante normas penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas e outras consequências afins) **as condutas desviadas (crimes e contravenções) mais nocivas para a convivência**, visando a assegurar, dessa maneira, a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros do grupo (grifo nosso).

Portanto, o Direito Penal é um conjunto de normas, embasado no Princípio da Legalidade, que controla toda a sociedade, assegurando sua estabilidade e sobrevivência, através de instituições, estratégias, prevenções e punições sociais às condutas mais nocivas à coletividade.

Dentro deste contexto, ele insere-se no Ordenamento Jurídico Brasileiro e pertence ao Direito Público. Esta tese é facilmente aceita quando argumentamos que ele (O Direito Penal) atende finalidades públicas, possui com único titular o Estado, é exercitado por meio de órgãos públicos e suas consequências são públicas e inflexíveis.

O Direito Penal, ainda é *autônomo*, pois o Ordenamento Jurídico é único e funcional e admite sua autonomia relativa para delimitar o âmbito do proibido e o estabelecimento das suas sanções; *valorativo*, pois seleciona os bens, valores e normas que fundamenta a ilicitude das condutas; e *subsidiário*, visto que persegue metas próprias.

Cabe ainda ressaltar que sua natureza não é estritamente sancionatória, em virtude de sua intervenção ser subsidiária e fragmentária, e que ele relaciona-se com inúmeros outros ramos

do Ordenamento Jurídico, como o Direito Constitucional (a Carta Magna traz um rol de cláusulas penais), Processual (*nulla poena sine iudicio*) e Administrativo (ilícitos administrativos).

II – Evolução Histórico Doutrinária do Direito Penal

Nos primórdios, aquele que violasse regras de convivência ou provocasse alguma quebra de tabu (algo sagrado) na relação totêmica (vínculo entre os membros do grupo estabelecido pelo totem – estátuas em forma de animais ou vegetais), ser-lhes-ia aplicados castigos (penas), em regra, a expulsão da comunidade. Estas, eram caracterizadas como fruto da libertação da ira dos deuses.

Os povos primitivos, ao aplicarem punições aos infratores, acreditavam que elas acalmariam os deuses – forças sobrenaturais (fenômenos da natureza – chuva, trovão).

Num segundo momento, ficou-se caracterizado a *vingança privada* – justiça pelas próprias mãos – como forma de reação da comunidade contra o infrator. Porém esta fase não procedeu face ao círculo vicioso gerado que acabava levando ao extermínio dos clãs e grupos.

O vínculo totêmico fora substituído pelo vínculo de sangue, caracterizado pela reunião daqueles que tinham a mesma descendência.

Surge a fase da *vingança pública*, designando ao chefe da tribo ou do clã a tarefa punitiva, vigorando a Lei do Talião (olho por olho, dente por dente) e sendo plenamente verificadas as sanções cruéis, brutais e sem finalidade útil. Todavia, estas sanções trouxeram uma evolução na esfera penal no que concerne ao equilíbrio entre o delito cometido e a sanção imposta.

No Direito Romano, inicialmente predominava o *pater familias* (chefe da família aplicava a punição que bem entendia). No reinado a pena tinha caráter sagrado – vingança pública – e na república, adotou-se o talião e a composição.

Durante o império a pena tornou a ser rigorosa ao restaurar a pena de morte e os trabalhos forçados. Na República a sanção, tinha caráter preventivo, mas passou a ser repressiva ao

continuar a aplicação de penas cruéis, infamantes, de banimento, de morte e de trabalhos forçados.

O Direito Germânico ficou caracterizado pela vingança privada e pela composição. Posteriormente, utilizaram as ordálias ou Juízos de Deus (provas que submetiam os agentes a testes de culpa – se caminhassem pelo fogo ou eram colocados em água fervente e viessem a sobreviver, eram inocentes, caso contrário, culpados).

Na Idade Média, o Direito Canônico aplicava penas severas, mas com intuito corretivo. O poder e a religião eram vinculados e a heresia ficou caracterizada como crime contra o próprio Estado. Surgiu a *Santa Inquisição*, valendo-se da tortura para adquirir confissões. Portanto, não existia proporcionalidade entre a infração e a sanção extremamente de caráter intimidatório.

Num dado momento, o “objeto” da ciência penal foi substituído, transformando o positivismo *científico* em *jurídico*. Esta mudança se deu na Alemanha em razão da Escola Histórica e da Codificação.

2.1 – Neokantismo

No primeiro terço do século XX, surge o *neokantismo* ao demonstrar o caráter “científico” da atividade jurídica. Demarcou sua autonomia, diferenciando-a das ciências naturais e das culturais.

O neokantismo e a contraposição com estas ciências acima citadas, juntamente com a distinção kantiana entre “fato” e “valor”, contribuíram substancialmente para a autonomia do “objeto” da atividade jurídica.

2.2 – A problemática Criminal

Inicialmente, podemos afirmar que o estudo do problema criminal (consoante bases humanistas), teve sua origem nas críticas da Filosofia das Luzes (Beccaria, Lardizabal etc), dos iluministas e

enciclopedistas (Rousseau, Montesquieu, Voltaire etc), estabelecidas ao antigo sistema penal em virtude da utilização da razão, do Direito Natural.

Cesare Beccaria, com sua obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), manifestou-se claramente ao criticar a irracionalidade, a arbitrariedade, a desigualdade do cidadão diante da lei, a pena de morte, o confisco, o emprego do tormento e a crueldade das leis penais e processuais do século XVIII.

Ainda, centrou suas teses na teoria do contrato social (Rousseau), fundamentando, assim, o princípio da legalidade dos delitos e das penas; professava uma concepção utilitarista da pena; propôs uma política criminal baseada em leis claras e simples, no predomínio da liberdade e da razão sobre o obscurismo, no exemplar funcionamento da justiça, na recompensa ao cidadão honesto e na elevação dos níveis culturais e educativos do povo, entre outras medidas.

No século XVIII, a filosofia ilustrada francesa também se posicionou de forma crítica, racionalista e utilitarista frente à questão criminal.

Montesquieu (1689-1755), em sua obra *Espírito da Leis* (1748), defendia a divisão dos poderes, a abolição das penas desmedidas, a tortura, dentre outras penas. Voltaire (1694-1778), também era partidário do princípio da legalidade, da restrição do arbítrio judicial, da pena proporcional e útil. Rousseau (1712-1778), em sua obra *Contrato Social* (1762), defende que o homem é “naturalmente” bom, sendo que a sociedade quem o perverte.

Entre o final do século XVIII e a metade do século XIX, nasce a denominada Escola Clássica. No campo filosófico, surge Hegel e Kant: “a pessoa é um fim em si mesma, não pode ser instrumentalizada pelo Estado”, e no jurídico-penal, temos a importante influência de Carrara.

2.3 – Escola Clássica

A escola Clássica nasceu como reação ao absolutismo do Estado, adotou o método dedutivo, abstrato e racionalista, delineou o “objeto” do Direito Penal (que é o Direito natural) e extraiu, após, as premissas básicas do sistema penal, partindo do pressuposto de que o homem é livre e igual e de que o fundamento da pena era o livre arbítrio.

Seus postulados fundamentais, mantidos expressamente por Carrara, residem no princípio do livre arbítrio do homem (autodeterminação), sendo a pena uma retribuição pelo ato praticado; e na concepção transcendental do Direito, cuja forma imutável é a lei natural; e o delito, um conceito jurídico. Para Carrara, o delito é essencialmente jurídico, visto que precisa de uma relação com a norma.

Seu método abstrato, formal e dedutivo, por fim, acabou lhe afastando do fenômeno criminal (concreto).

2.4 – Escola de Darwin

Entre a Escola Clássica e a Escola Positiva, surge a Escola Cartográfica ou Estatística Moral de Darwin (1809-1882). Seus principais postulados são: o delinquente é uma espécie não evoluída; o indivíduo recebe por meio da herança; o ser humano adquire uma nova imagem, privado da capacidade de autodeterminação, da racionalidade e protagonismo.

Os principais representantes foram Quetelet (1796-1874), Guerry (1802-1866), Von Mair, Fregier e Mayhew. Estes enfocavam que o delito era um fenômeno coletivo, social, regular, normal e constante de massas, e não um acontecimento individual.

2.5 – Escola Positiva

Após, surge a Escola Positiva, em face de inúmeras razões decorrentes das Escolas anteriores, como o aumento da criminalidade, o despertar das ciências sociais e naturais e a nova idéia de Estado – social e intervencionista. Seus principais representantes foram: Lombroso (1835-1909), Garófalo (1851-1934) e Ferri (1856-1929).

Seu método positivo, também chamado de empírico, submete a imaginação à observação e os fenômenos sociais às leis da natureza. Contribuiu para a consolidação e defesa da nova ordem social e tinha como lema os seguintes ditames de Ferrarotti: “ordem e progresso só são

possíveis, como pilares fundamentais da nova ordem social, sob o manto protetor da filosofia positivista”.

A *Scuola* positivista tinha como premissas filosóficas o utilitarismo, o cientificismo e o racionalismo; como dogmas, a subordinação dos fenômenos sociais às inexoráveis leis da natureza, a natureza relativa do espírito positivo e a previsão racional das leis positivas; e como postulados, o crime como um fato relativo, não um ente jurídico; primordial, portanto, é o delinqüente, não o delito; o delinqüente é um ser diverso, subumano, anormal; o fundamental é o conceito natural de delito, não o delito; castiga-se o agente do fato – autor – não o fato do agente; princípio da responsabilidade social em substituição à individual; determinismo no lugar da livre arbítrio.

Com a ascensão desta escola, desencadeou-se uma polêmica entre as Escolas positivistas, clássicas e a Escola de Lyon – Escola Francesa.

2.6 – Escola Francesa

O principal representante da Escola Francesa foi Lacassagne e sua tese fundamental afirmava que o criminoso é, como o micróbio ou o vírus, algo inócuo, até que o adequado ambiente o faz eclodir. Sendo este meio capaz de desempenhar papel relevante junto com a predisposição criminal individual latente de certas pessoas.

2.7 – Terceira Escola Italiana

A Terceira Escola Italiana, também chamada de Positivismo Crítico, teve como principais representantes, Alimena, Carnevale e Impallomeni. Ao combinar o método abstrato, racionalista e dedutivo da Escola Clássica com o método empírico, indutivo e experimental da Escola Positiva, consubstanciou o seu método eclético ou dualismo metodológico.

Nesta escola, o delito foi contemplado como fenômeno ou fato “real”, a justiça penal tinha como razão a “defesa social” e o fundamento do direito de castigar residia na “determinismo psicológico”. Em razão disso, alguns sujeitos que eram imputáveis para os clássicos (criminosos habituais, semi-imputáveis etc), passam a ser inimputáveis, visto que o “determinismo psicológico” remetia para o mundo dos “motivos” a explicação dos atos “voluntários”.

2.8 – Escola da Defesa Social

Por fim, a Escola da Defesa Social surgiu no tempo do Iluminismo e chegou ao seu auge no “positivismo”. Em sentido estrito, foi um “movimento de política criminal” formulada em 1910 por A. Prins e consolidada por F. Gramática e M. Ancel, que articularam uma eficaz proteção à sociedade por meio da devida coordenação da Criminologia, da Ciência Penitenciária e do Direito Penal.

Seus postulados marcantes consubstanciaram-se na luta contra a criminalidade através de instrumentos não jurídicos, na contemplação do delinquente como um membro da sociedade que necessita de socialização e não de punição, em sua Política Criminal Humanitária, que pregava medidas de “defesa social” preventivas, educativas e curativas.

III – Evolução Histórica do Direito Penal Brasileiro

3.1 - Período Colonial (1500-1822)

Em 1500, ano do descobrimento do Brasil, vigoravam, como conjunto normativo-penal, textos do Direito romano, canônico, costumeiro, e principalmente as Ordenações Afonsinas. Estas, divididas em cinco livros, designavam o Livro V para tratar de questões penais e processuais penais.

Em 1512, vieram as Ordenações Manuelinas, trazendo a prisão como medida de coerção pessoal até a condenação. Porém, esta privação da liberdade, como sanção, era pouco utilizada.

Em 1569, foram publicadas várias leis extravagantes, que a princípio, só alteraram a forma de execução da pena, trazendo muitas regras sobre o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Em 1603, vigoraram as Ordenações Filipinas. Em relação à parte penal, tiveram vigência até o advento do Código Criminal do Império de 1830, ficando marcada pelas penas desproporcionais e cruéis, aplicadas a crimes muitas vezes confundidos com pecados e ofensas morais.

O objetivo das penas, aplicadas segundo a gravidade do caso e a qualidade financeira da pessoa, era castigar cruelmente o criminoso e intimidar os demais indivíduos.

3.2 - Período Imperial: Código Criminal de 1830

Antes do advento do Código Criminal de 1830, tivemos em nosso país, junto às Ordenações Filipinas, a elaboração de um projeto de Código Criminal por D. Rainha I, a incidência do Direito Penal Holandês (1630-1645), no nordeste do país e a Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I.

Em 12 de Dezembro de 1830 foi sancionado pelo Imperador o Código Criminal do Império Brasileiro, inspirado na Constituição Federal de 1824, e principalmente no Código Francês. Foi dotado de 313 artigos divididos em quatro partes: “Dos Crimes e das Penas”; “Dos Crimes Públicos”; “Dos Crimes Particulares” e “Dos Crimes Policiais”.

Em 1832, tivemos a promulgação do Código de Processo Criminal, marcado pelo espírito liberal.

3.3 - Código Penal de 1890

A abolição da escravatura, ao eliminar alguns delitos anteriormente reprimidos, tornou-se um importante aspecto histórico contributivo para a alteração do Código.

Em 1888, foi apresentado um projeto por Joaquim Nabuco, o qual se tornou, em 1890, o “Código Penal dos Estados Unidos do Brasil”.

Este diploma penal teve a influência da Escola Clássica e era dotado de deficiências consolidadas na desatenção à realidade social do tempo. Ficou caracterizado pela falta de técnica legislativa, porém, aboliu a pena de morte, adotou um sistema penitenciário moderno, a proporcionalidade da pena, o tratamento diversificado entre autores e cúmplices, entre outros.

3.4 - Revisão do Código Penal de 1890 aos trabalhos preparatórios do Código Penal de 1940

Os inúmeros pontos negativos, as críticas e a ampla discussão acadêmica e doutrinária firmada entre os Clássicos e os Positivistas, em relação ao Código, estimularam a reforma do Código Penal de 1890.

Alguns projetos foram propostos em 1893, 1913, 1928, 1930 e por fim, em 1935 tomou o número 118-A. Porém, nesta época, ainda havia muitas dificuldades, confusões e incertezas em relação à sua aplicação, sem falar das inúmeras leis extravagantes que alteravam e modificavam o texto da lei.

Com a instituição do Estado Novo e a conseguinte outorga da Constituição de 1937, as críticas assolaram sobre o projeto proposto, causando, assim, a sua rejeição pelo governo e a nomeação de Alcântara Machado para estudar a então reforma da legislação penal.

3.5 - O Código Penal de 1940

Teve sua origem no anteprojeto de Alcântara Machado, passou por alterações da Comissão revisora e foi inspirado no Código Italiano, no Rocco e no Suíço de 1937, e vigora até os dias de hoje.

O Código Penal de 1940 ficou caracterizado pela sua política de conciliação, pela responsabilidade moral do indivíduo, pela teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*), pelo grau de realização do crime (consumado ou tentado), pela sua boa técnica, porém, tinha como crucial crítica, a ausência de institutos e estabelecimentos penais que fizessem cumprir a lei.

As penas eram divididas em principais e acessórias, e as medidas de segurança, classificadas em patrimoniais e pessoais, eram aplicadas a incapazes e aos perigosos.

Teve a incidência de diversas leis penais e processuais complementares, inclusive a Lei. 7209/84, que alterou totalmente sua Parte Geral.

3.6 - A Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940

Antes de ser reformada, em 1963, Nelson Hungria apresentou anteprojeto de um novo Código Penal. Em 1969 foi convertido em lei pelo Decreto-Lei 1004, de 21 de outubro de 1969, mas, por incidência de várias modificações, acabou sendo revogado pela Lei 65778/78.

Em 1981, Francisco de Assis Toledo propôs anteprojeto de reforma que foi publicado em 1984. Dentre as alterações da Parte Geral do Código Penal, podemos citar a introdução de inúmeros tipos de penas; a adoção, de forma ampla, do princípio da culpabilidade (*nulla poena sine culpa*); a extinção da medida de segurança para o imputável; a diversificação do tratamento do partícipe no concurso de pessoas; a evidência da ação e da omissão como formas básicas de conduta; o aperfeiçoamento do princípio da “causa superveniente”; a criação da figura do “arrependimento posterior”; a adoção do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Ainda, estabeleceu critérios para a punição dos crimes comissivos por omissão; alterou o instituto da reincidência, da confissão espontânea como atenuante, no método de aplicação da pena e na prescrição; afastou-se a responsabilidade penal objetiva nos crimes agravados pelo resultado; estabeleceram-se, pois, os diversos regimes de cumprimento de pena; a inclusão do perdão judicial no rol das causas de extinção da punibilidade, entre inúmeras outras.

IV – Elementos Constitutivos do Crime

Após esta explanação sobre as premissas básicas do Direito Penal, bem como sua evolução histórica no mundo e em nosso país, passaremos a delimitar o objetivo central deste trabalho, iniciando com o esclarecimento acerca dos elementos constitutivos do crime.

A princípio, é importante atentarmos para a definição de crime, que ao longo dos anos, sob a influência das escolas anteriormente citadas, e em face do aspecto utilizado, possuiu distintas denominações.

Sob um aspecto formal, crime é toda conduta humana que contraria o direito e é reprimida com uma sanção aplicada pela lei. Portanto, analisamos a contrariedade do fato cometido pelo agente, perante o Ordenamento Jurídico, caracterizando assim, sua ilegalidade.

Dentro de uma visão material, conceituamos crime como toda conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico relevante protegido pela lei penal. Logo, o legislador procurou dar ênfase ao bem protegido pela lei, para caracterizar quais condutas enquadravam-se como delitos.

Apesar dos conceitos caracterizarem o crime de forma genérica, ainda assim são insuficientes para aquilatar fatos específicos e justificar o porquê da tutela penal de uns bens e outros não. Surge então uma terceira corrente alicerçada numa concepção analítica de crime.

Segundo doutrina majoritária, a denominação de crime, materializa-se no aspecto analítico, que nos trouxe uma preocupação com os componentes do crime, sem desviar de sua visão como um todo.

Neste diapasão, conceituamos crime como um fato típico, antijurídico, culpável e punível. Porém, não podemos considerar a punibilidade um elemento do crime, visto que ela é a

possibilidade de aplicação de pena, portanto, há fatos que são típicos, contrários à lei, culpáveis e que não são reprimidos com sanções em razão de causas que impossibilitam esta aplicação, como por exemplo, os casos de isenção de pena.

Assim, passamos a definir crime como um fato típico, antijurídico e culpável. Para a Teoria Naturalista, a culpabilidade é vínculo subjetivo entre a conduta e o resultado, portanto, está ligada ao dolo e a culpa.

Todavia, ao adotarmos a Teoria Finalista da Ação (a conduta humana sempre é dirigida a um fim), deixamos de utilizar a culpabilidade como elemento do crime, visto que, para esta teoria, a culpabilidade está vinculada à ação ou omissão, sendo, portanto, elemento da conduta e não do crime em si. Enfim, para esta teoria, a culpabilidade é a reprovabilidade da conduta, é a condição para a imposição de pena.

Por conseguinte, chegamos ao então conceito de crime adotado, como sendo um fato típico e antijurídico.

Entende-se como fato típico, a conduta que se enquadra perfeitamente à descrição legal; e como antijurídico, o fato que contraria o ordenamento jurídico.

Complementando, para que um fato seja típico, além dele estar previsto como infração penal, é de suma importância que seus elementos constitutivos estejam todos presentes, sob pena de descaracterização do delito. Seus elementos são: conduta, nexos de causalidade, tipicidade e resultado.

A conduta nada mais é do que um comportamento humano voluntário dirigido a um fim. Assim, verificamos a presença do ato volitivo e da exteriorização desta vontade. Suas formas são: comissiva – ação (fazer alguma coisa), omissiva – omissão (deixar de fazer alguma coisa) ou comissiva por omissão (quando houver um dever de agir, uma obrigação de impedir o resultado).

O nexos causal é o elo existente entre a conduta e o resultado. Segundo art. 13 do Código Penal, esta ligação é considerada uma causa, sendo esta toda a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, isto é, são fatos que concorrem para a ocorrência do resultado.

Esta condição é caracterizada como Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais ou “*conditio sine qua nom*”. Portanto, se a ação ou omissão foi condição para a ocorrência do

resultado, serão consideradas causa deste, mas serão limitadas pelo elemento subjetivo do fato típico – dolo ou culpa.

O resultado, no âmbito naturalístico, é considerado como a modificação no mundo exterior provocado por um comportamento humano voluntário, mas, tal conceito não se justifica diante de situações que não alteram o mundo externo, como o ato obsceno. Assim, adotamos um ponto de vista normativo, definindo-o como uma lesão ou perigo de lesão a um interesse protegido pela lei penal.

Por remate, concretizando os elementos constitutivos do fato típico, temos a tipicidade, que é o preenchimento da descrição legal nos elementos objetivos (descritivos – indicam a conduta e o resultado, quando previstos), nos normativos (relacionados com o injusto, com um termo jurídico ou extrajurídico) e nos subjetivos (condizem com a intenção especial do agente, com o prévio conhecimento sobre determinados fatos ou encontrados em formas qualificadas de crime). A tipicidade é dividida em material e formal, termos estes que serão abordados no próximo tópico desta pesquisa.

Do exposto, podemos concluir que crime é a exata junção de um fato típico, composto por todos os seus elementos constitutivos, mais a antijuridicidade deste fato, caracterizada pela contrariedade da norma e pela ausência de excludentes da antijuridicidade, em face do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

V – Tipicidade Formal e Material

Como visto anteriormente, o tipo penal para ser caracterizado, deve compreender a antijuridicidade e o fato deve ser típico. Neste, é imprescindível a presença de todos os seus elementos constitutivos, e dentre eles temos a tipicidade, agora tratada de forma mais ampla.

Derivada do alemão *tatbestand*, significando, no latim *facti species*, ela, inicialmente, pode ser conceituada como a exata correspondência entre o fato cometido e a descrição contida na legislação penal

Vale ressaltar, que a tipicidade, por envolver a descrição do comportamento na lei, está intrinsecamente ligada ao Princípio da Legalidade, expresso pela máxima “*nullum crimen sine praevia lege*” (não há crime sem lei anterior que o defina). Portanto, só verificaremos a tipicidade do fato, se este fato estiver descrito na norma penal como crime.

Antes do advento da Teoria da Imputação Objetiva (1970, Roxin), a tipicidade penal possuía duas dimensões: subjetiva e objetiva (formal). De acordo com a teoria adotada, ela era vista por ângulos distintos.

De acordo com a Teoria Causal, a tipicidade era caracterizada quando havia a adequação perfeita entre o caso concreto e a descrição contida no tipo. Com isso, temos a dimensão objetiva ou formal. Para a Teoria Finalista de Welzel, a tipicidade compreendia a descrição do fato na lei (objetiva) e o dolo e a culpa (subjetiva).

Com o surgimento da Teoria da Imputação Objetiva de Roxin, a tipicidade penal, passou a designar seus pressupostos como sendo a criação de um risco relevante e proibido e ocorrência de um resultado objetivamente imputável ao risco criado. Nos crimes dolosos, em

razão desta teoria, temos a incidência de três dimensões: a objetiva (adequação da fato à lei), a subjetiva (dolo) e a normativa (imputação objetiva).

Para a Teoria Constitucionalista do delito, defendida por alguns doutrinadores como Zaffaroni, a tipicidade penal percebe em sentido material, isto é, ela é verificada a partir da relevância do resultado jurídico, da importância da ofensa ao bem jurídico protegido pela norma.

Como visto, esta teoria apoia-se no consagrado princípio da ofensividade, ao focar a efetiva lesão ao bem jurídico, quando aquele determina que não haverá crime sem lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. Assim, verificamos que a tipicidade do fato era também compreendida pelo conteúdo valorativo da lesão ou ameaça de lesão.

Diante do exposto, podemos dizer que utilizamos dois critérios para verificar a tipicidade. Temos então o âmbito formal – dimensão fática – naturalística – mecânica – ôntica; e o material – descrição axiológica – normativa.

No campo formal, temos a adequação do fato à letra da lei, a ocorrência de uma relação de causa e efeito. Já no material, há a incidência de questões relacionadas com a imputação (atribuição), com o desvalor do resultado (ofensa concreta ao bem jurídico - lesão ou perigo de lesão concreto ao bem jurídico) e com o desvalor da conduta (juízo de desaprovação da conduta). Enfim, com o grau de lesividade causado pela conduta ao bem jurídico.

No desvalor da conduta, incidirá um juízo de desaprovação da conduta, que constatará a ofensa desvaliosa ao bem jurídico, já no desvalor do resultado, encontramos a ausência de um resultado jurídico relevante.

Para o juízo de tipicidade, em suma, já não basta o enquadramento do comportamento à norma, ou a simples desobediência à norma. Mister se faz também a presença da tipicidade material, averiguada a partir do desvalor da conduta e do resultado.

Neste diapasão, concluímos que as bases asseguratórias de condutas formais, mas que não são materialmente criminosas, assentam-se nos Princípios da Insignificância e da Adequação Social. Princípios estes que veremos adiante, com afinco.

VI – Breves apontamentos sobre Princípios

Primordialmente, no século VI a.C., na cidade de Mileto, os filósofos milésios Anaximandro, Anaxímenes e Tales definiram o que vinha a ser a *arché* (princípio). Respectivamente, concluíram que era o infinito, indeterminado (*apeiron*); o ar; e a água. Já para os Pitagóricos, o princípio das coisas e dos números era o Limite e o Ilimitado, visto que a plena dedicação à matemática os levou a acreditarem que “todas as coisas são números”.

Já para os adeptos da teologia, o princípio de tudo nada mais era do que o próprio Deus, único e criador de tudo e de todos.

Dentro do âmbito do saber jurídico, os jusnaturalistas e os juspositivistas também debatiam acerca do tema. Acreditavam os primeiros que os princípios jurídicos posicionavam-se em esfera abstrata e metafísica e eram inspiradores de um ideal de justiça, sendo, portanto, princípios de justiça constitutivos de um Direito ideal.

Já para os juspositivistas, definidos como de segunda fase, os princípios possuíam uma concreta viabilidade em razão de fazerem parte dos Códigos como fonte subsidiária da inteireza dos textos legais. É neste sentido que temos em nossa Legislação o emprego dos Princípios Gerais do Direito e que atualmente tornaram-se o centro de todo Direito Contemporâneo.

Como visto, desde a antiguidade já tínhamos alguns campos do saber humano que utilizavam o termo princípio. Entre eles, também o encontramos na Sociologia, Política, Física e inúmeros outros que, de forma indireta, utilizavam-se dessas categorias para explorarem inúmeras outras áreas que dependiam de um conceito inicial.

Portanto, em linhas gerais podemos defini-lo como sendo o começo, a causa primária, o início, a base, o direcionamento, a origem de algo, e especificamente, em termos jurídicos, é algo que alicerça uma estrutura e garante a sua existência e a sua aplicabilidade.

A utilização dos princípios como fonte do Direito foi consagrada em várias legislações a partir do enunciado normativo: *“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”*. Em nossa legislação pátria, o encontramos no Art. 4º do Decreto-Lei N. 4.657, de 4 de Setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro). Portanto, esta é a composição de nosso Sistema Jurídico: lei, costumes, princípio gerais de direito, doutrina e jurisprudências.

Para melhor elucidar o quão importante são os princípios e qual seria a sua real função, cumpre-nos citar o posicionamento doutrinário de alguns juristas.

Para Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 28-9):

Apontam-se como fontes indiretas ou subsidiárias do Direito Penal os costumes e os princípios gerais do direito, referidos expressamente na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º).

Os princípios gerais do direito são premissas éticas extraídas da legislação, do ordenamento jurídico. Está o Direito Penal sujeito às influências desses princípios, estabelecidos com a consciência ética do povo em determinada civilização, que podem suprir lacunas e omissões da lei penal.

Entende Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p.300):

(...) quando os defende, dizendo que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 23-4):

Por esses princípios, o intérprete investiga o pensamento mais alto da cultura jurídica universal, buscando uma orientação geral do pensamento jurídico.

(...) podemos enfatizar sua reconhecida importância pelo próprio legislador não só como fonte, isto é, normas inspiradoras para aplicação do Direito, mas também como fonte inspiradora da atividade legislativa e administrativa do Estado.

VII – Origens e Evolução Histórica do Princípio da Insignificância

Em se tratando do início, do nascimento do Princípio da Insignificância, podemos classificá-lo em origem fática e em origem histórica.

Sobre a primeira, temos claras evidências de que o princípio, mesmo sem estar constituído de direito, era vislumbrado de fato, no direito romano, pelo brocardo *de minimis non curat praetor*.

Antes da época dos pretores (356 a.C.), na monarquia romana, a Lei das XII Tábuas (451-449 a.C.), previa a intervenção penal somente aos casos de violações que diretamente percebiam contra o Estado (alta traição, incitação ao inimigo etc).

As infrações penais eram distinguidas entre privadas (*delicta privata*), sendo menos graves e entregues à persecução do ofendido, em tribunais civis; e públicas (*crimina publica*), de maior gravidade e acusadas por qualquer pessoa, cujo tribunal criminal era obrigado a emitir o veredicto condenatório ou absolutório. Assim, ficou-se estabelecido o brocardo *de minimis non curat praetor*

Esta origem é defendida por Diomar Ackel Filho, que assim discorre: “no tocante à origem, não se pode negar que o princípio já vigorava no direito romano, onde o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante a máxima contida no brocardo *de minimis non curat praetor*”. (1988, p. 73).

Sobretudo, esta origem não é a mais adequada para estabelecermos um ponto de partida, visto que tal brocardo era anteriormente utilizado para justificar a discrepância existente entre as providências estatais tomadas em relação à esfera civil, e a ausência verificada no âmbito criminal. Tal crítica é pacificamente defendida por Maurício Antônio Ribeiro Lopes quando

sustenta a seguinte acertativa: “logo existe naquele brocardo romano apenas uma máxima e não um estudo mais calculado” (1997, p. 37-38).

Ao falarmos em origem histórica, em especificidade do princípio, em maior importância dentro do universo jurídico, concretizamos a estabelecida pelos doutrinadores alemães. Estes, denominavam o princípio de “criminalidade de bagatela” - *Bagatelledelikte*.

O Princípio da Insignificância, então, dentro de um conceito histórico, surgiu na Europa em razão das grandes guerras mundiais ocorridas neste século. Guerras que ocasionaram crises sociais provocaram inúmeros problemas como a falta de emprego e alimentos e atingiram substancialmente a população, refletindo em suas condutas causadoras de surtos de pequenos furtos e subtrações de mínima relevância.

Outro ponto importante a ressaltar sobre a origem e evolução histórica dos crimes de bagatela, reside, inicialmente, na sua ligação com o princípio da legalidade.

A legalidade, ou *lege praevia*, transmitida pela máxima *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* (não há crime, nem pena sem lei escrita), trouxe-nos uma série de garantias que asseguravam melhores condições àqueles que infringiam a norma penal. Entre estas, podemos destacar o princípio da anterioridade, da irretroatividade da lei penal pior (proibição à *reformatio in pejus*) e da retroatividade da lei mais benéfica (possibilidade da *reformatio in melius*).

Complementando, a lei além de ser escrita – *lege scripta*, e determinada – *lege certa* (incidir sobre tipos estabelecidos), deve ser consolidada em condutas, cujo mal, tenha relevância, importância, significância no resultado perante o bem jurídico e à sociedade - *nullum crimen nulla poena sine iuria*.

O elo fica, portanto, estabelecido em razão de ser a lei, o instrumento repressor e indicador das penas de cada conduta, e a bagatela, o instituto que desconsidera a tipicidade do fato.

Cesare Beccaria, em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, de 1764, já nos trazia a correlação existente entre estes princípios. Defendia que a medida dos delitos, e por consequência, seu reflexo no mundo jurídico, estava vinculada ao prejuízo que o crime causou à sociedade. Portanto, a lei delimitaria a exata medida refletida por meio do dano à camada social.

Novamente, Beccaria estabelece esta junção entre os princípios, quando cita o art. 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela França, em 1789, que assim firma: “a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade” (1997, p. 43)

Ainda sob este prisma, o jurista Maurício Lopes (1997) estabelece o liame através do seguinte posicionamento doutrinário:

O princípio da insignificância teve sua origem e evolução através dos tempos fortemente ligada ao princípio da legalidade, em matéria penal – *nullum crimen nulla poena sine lege* -, passando por transformações que foram delineando o seu conteúdo, de forma a limitar-se aos desígnios criminalizadores.

Assim, delimitamos que a origem do Princípio da Insignificância, está voltada à legalidade e a fatos decorrentes da prática de condutas que, de uma forma geral, apresentam-se formalmente típicas, porém, intrinsecamente, atingem bens de valor irrisório, inexpressivo, irrelevante, que não justificam, por excelência, a valoração da norma penal, o início da uma persecução criminal e a aplicação de pena.

VIII - Conceito e importância do Princípio da Insignificância

Antes de adentrarmos ao estudo minucioso deste princípio que veio para amenizar a morosidade do judiciário e reduzir substancialmente o desequilíbrio entre a lesão ínfima e aplicação de pena, cumpre-nos salientar que nossa legislação penal, deveria se preocupar com a tutela de bens jurídicos relevantes, e não com ninharias que sufocam os órgãos públicos, demandam custos e causam desgastes físicos, morais e financeiros aos indivíduos.

Inicialmente, a definição de crime é aquela consubstanciada na junção de fato típico e antijuridicidade. Sob este prisma, estabelecemos que a aplicação da lei se dará em casos que forem contrários a ela e que tenham preenchidos os seguintes requisitos: conduta, nexa causal, resultado e tipicidade. Portanto, é sob o aspecto da tipicidade que estabelecemos a aplicação do princípio em tela.

Uma conduta eivada de reprovabilidade social que cause um resultado socialmente relevante ao bem jurídico tutelado, é plenamente passível de punições privativas de liberdade e restritivas de direitos. Agora para fatos, mesmo sendo típicos, formal e antijurídico, mas que causem lesões mínimas a bem jurídicos irrelevantes, compreendida pela tipicidade material, incidiremos o Princípio de Bagatela.

O Princípio da Insignificância é aquele aplicável a crimes de lesão ínfima, ou, propriamente ditos, crimes de bagatela. Estes, por conseguinte, não possuem uma definição concreta e expressamente erigida em nossa Legislação Repressora, mas, podemos nos utilizar de conceitos implícitos extraídos de um direito penal mínimo, fragmentário e subsidiário.

Sendo Claus Roxin, através de sua conferência em 13 de maio de 1970, em Berlim, Alemanha, intitulada “Política Criminal e Sistema de Direito Penal”, um dos maiores

idealizadores do surgimento do princípio da insignificância, cumpre-nos citar seu posicionamento doutrinário assim como fez Francisco de Assis Toledo (1994, p. 133-4):

... hacen falta principios como el introducido por Welzen, de la adecuación social, que no es una característica del tipo, pero sí un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conductas socialmente admisibles. A esto pertenece además el llamado principio de la insignificancia, que permite en mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal, sino solamente eno relevante; análogamente deshonesto en el sentido del Código Penal es sólo la acción sexual de una cierta importancia, injuriosa en una forma delictiva es sólo la lesión grave a la pretensión social de respeto. Como “fuerza” debe considerarse únicamente un obstáculo de cierta importancia. Igualmente también la amenaza debe ser “sensible” para pasar el umbral de la criminalidad. Si con estos planteamientos se organizara de nuevo consecuentemente la instrumentación de nuestra interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidade en nuestro país.

Além desta válvula propulsora, podemos citar o entendimento de Diomar Ackel Filho (1997, p. 75):

O Princípio da insignificância pode ser conceituado como 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

Acrescentando à infirmitude da tipicidade de fatos, Ackel Filho (1988, p.78), trabalha a idéia do desconexo existente entre a prestação jurisdicional - ato vinculativo do poder Estatal, que se presta à eliminação de lides danosas à sociedade, e as bagatelas irrelevantes tuteladas. Em razão disso, estabelecemos seu entendimento:

a seriedade da função jurisdicional, como atividade através da qual o Estado, com eficácia vinculativa plena elimina a lide, realizando o direito objetivo. Atividade-poder, de tal magnitude, implicando em ato de soberania do próprio Estado, não deve deter-se, de qualquer forma, para considerar bagatelas irrelevante, de modo a vulnerar os valores tutelados pela norma penal.

Apesar de Hans Welzel considerar que o Princípio da Adequação Social seria suficiente para excluir certas lesões insignificantes, Francisco de Assis Toledo (1994, p.133) não partilhou com seu posicionamento, assim afirmando:

É discutível que assim seja. Por isso Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância. Não temos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos defendendo.

Toledo acredita que é necessário complementarmos o instituto que prima pela tolerância social dos comportamentos ao princípio que desconsidera a tipicidade em razão do bem jurídico ser irrelevante.

Ainda, completava seu posicionamento afirmando que tal princípio se vincula à “gradação qualitativa-quantitativa do injusto que permite ser o fato insignificante excluído da tipicidade penal” (1999, p. 47).

Assim, Toledo estabelecia a importância do princípio ao Ordenamento Jurídico, visto que precisamos de um instituto que adequasse a exclusão da tipicidade aos injustos de valor insignificante e consequência irrisória.

Carlos Vico Mañas (1994, p.58) assim discursa sobre o princípio:

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

Sob este entendimento verificamos que Mañas estabelece a descriminalização da conduta, por conseguinte, se não há conduta, não há fato típico, e se não há fato típico, não há crime. Porém, a incidência do princípio da insignificância se dará após o enquadramento da conduta ao fato típico e só à posterior avaliação do caso concreto é que teremos a desconsideração da tipicidade - previsão legal do tipo, em razão da ínfima ofensa ao bem jurídico tutelado.

Apesar de estabelecer a descriminalização da conduta, ato este que requer processo legislativo, Vico Mañas (2009, internet), defende que o princípio é uma fonte de limitação e proporcionalidade da aplicação penal através do seguinte entendimento:

O princípio da insignificância é importante também, pois serve como instrumento de limitação da abrangência do tipo penal às condutas realmente nocivas à sociedade,

resguardando, assim, o ideal de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime.

Perante todo o exposto, podemos concluir que o Princípio da Insignificância, aplicado a crimes de ínfima significação social, ou seja, cujo resultado revele-se materialmente inofensivo ao bem jurídico tutelado, trouxe ao Ordenamento Jurídico Brasileiro a possibilidade de desconsiderarmos a tipicidade do fato, limitando a dura aplicação penal e, conseqüentemente, contribuindo para a redução do acúmulo de processos que tornam a Justiça morosa.

IX – Aplicabilidade do Princípio da Insignificância

A elaboração dos tipos penais e suas conseqüências no mundo jurídico são da competência de nossos legisladores, portanto, cabe a eles designar e aquilatar os parâmetros mínimos e máximos de sanção a ser fixada por meio das penas.

Depois de estabelecidos tais limites, passamos a atribuir ao julgador a competência para firmar a quantidade de pena a ser imposta ao agente em relação à lesividade de sua conduta perante o bem jurídico protegido legalmente.

Todavia, temos, em nossa legislação, limites que de uma forma geral acabam por serem aplicados a casos específicos. Estes necessitam de outros valores a serem apreciados para que não seja concretizado o cometimento de injustos em razão da pequenez da reprovabilidade da conduta do agente.

Iníquos estes que transformam o ínfimo em ações penais, enfrentam juizes de 1ª. Instância, Tribunais de Justiça, Superiores Tribunais de Justiça e acabam sendo apreciados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Órgão que deveria estar centrado em casos relevantes perante a sociedade, e não se atentando para o julgamento de 14 crimes insignificantes verificados no ano de 2008 e inúmeros outros já levantados no primeiro semestre de 2009.

Diante deste entendimento, Paulo S. Queiroz Zipf (1998, p.122) explica o inexpressivo sentido jurídico penal de condutas típicas abstratamente:

É que não tem o legislador, em face das limitações naturais da técnica legislativa e da multiplicidade de situações que podem ocorrer, o poder de previsão, casuística, das hipóteses efetivamente merecedoras de repressão. Noutros termos, falta-lhe o poder de prever em que grau e em que intensidade devem tais ações merecer, in concreto, castigo. Não lhe é possível, enfim, ao prever tipos abstratos, ainda que se atendo àquelas lesões mais significativas, fixar, segundo o caso concreto, em que intensidade a lesão deve

assumir relevância penal efetiva. Com bem assinala Maurach, nenhuma técnica legislativa é tão acabada a ponto de excluir a possibilidade de que, em alguns casos particulares, possam ficar fora da ameaça penal certas condutas que não apareçam como merecedoras de pena. Vale dizer, a redação do tipo legal pretende certamente só incluir prejuízos graves à ordem jurídica e social, porém não impede que entrem também em seu âmbito os casos mais leves, de ínfima significação social. Enfim, o que in abstracto é penalmente relevante pode não o ser verdadeiramente, isto é, podem não assumir, in concreto, suficiente dignidade e significado jurídico-penal.

Com efeito, é sob o ângulo da tipicidade material, caracterizada quando o ataque ao bem jurídico não requer a intervenção do Poder Público, em razão do seu valor ínfimo, que verificamos a incidência do Princípio da Insignificância.

Lembre-se, diante do caráter subsidiário do Direito Penal, a sua aplicação deve ser a *ultima ratio*, isto é, ela só deve ser aceita em condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens jurídicos efetivamente relevantes.

Francisco de Assis Toledo, uns dos maiores defensores do princípio da insignificância, assim delimita a tipicidade do fato: “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” (TOLEDO, p. 131).

Com efeito, há a necessidade da lesividade da conduta para que haja a intervenção penal. É imprescindível que o dano ao bem jurídico seja tão ou mais valioso que a própria liberdade, vida e propriedade do indivíduo, justificando, assim, sua punição, a severidade da admoestação.

Como ensina Cezar Roberto Bittencourt : “a tipicidade penal, exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico” (BITTENCOURT, p. 45).

Deste modo, o fundamento do princípio em tela, segundo José Henrique Guaracy Rebelo (2000, p.38), encontra-se:

... na idéia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação ao bem jurídico o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o pathos ético da pena, de sorte que a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.

Diante deste contexto, verificamos que ao sopesar a conduta de um indivíduo, é necessário aquilatar o concreto, a relevância de seu ato, a tipicidade material do fato, antes de aferir um

juízo de reprovabilidade estatuído pela letra da lei, pela ilegalidade de sua conduta, pela tipicidade formal do fato, visto que “a exata medida dos crimes é o prejuízo causado à sociedade”, assim estabelecido por Beccaria, em *Dos Delitos e das Penas*.

Assim, temos fatos formalmente criminosos, mas que não são assim caracterizados pela irrelevância da materialidade da conduta. Por conseguinte, deveriam ter suas ações penais arquivadas, e postos em liberdade aqueles que estiverem presos em razão da “extrema carência material”, assim definida pelo Ministro da Suprema Corte, Carlos Ayres Britto.

É mister atentarmos para fatos materialmente atípicos cometidos por agentes com maus antecedentes criminais. A estes, a jurisprudência, em parte, têm agraciado os infratores visto que para o princípio da insignificância bastam critérios objetivos – desvalor da conduta e do resultado, e não subjetivos.

Em suma, em nosso país, reconhecida a Insignificância do fato, não deveria o delegado instaurar o inquérito policial, o promotor de justiça oferecer a denúncia, o magistrado recebê-la ou, após a instrução, condenar o acusado. Bastaria ser o ofensor, quando houver prejuízo, admoestado do dano na esfera Civil, Administrativa ou Trabalhista, em consonância com a proporcionalidade e razoabilidade de sua conduta.

Sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância em outros países, podemos citar as regras da Alemanha reunificada. Nesta, diante de seu “processo descriminalizador do direito penal”, a criminalidade de bagatela é tratada, segundo Jescheck e Weigend, citados por Élcio Arruda (2009, p.43), da seguinte forma:

- a) Submete algumas categorias de crimes patrimoniais – apropriação indébita, furto, receptação, estelionato, abuso de confiança – ao leito da ação penal privada, iniciada sob querela;
- b) Permite ao Ministério Público diretamente arquivar o procedimento, sem necessidade de pronunciamento judicial, desde que, concomitantemente, não haja interesse público na persecução e seja minguada a culpabilidade do agente;
- c) Autoriza a retirada provisória da acusação, sob condições que não se opuserem a gravidade e a culpabilidade do infrator.

Ainda, a aplicabilidade do princípio da insignificância, em países como a Polônia e a Macedônia, incide de forma clara e precisa. No primeiro, temos estatuído em seu Código Penal, art. 1º, § 2º os seguintes dizeres: “ato proibido de consequências sociais insignificantes não pode constituir uma ofensa penal; no segundo, verificamos através do art. 8º do Código Criminal da República, a seguinte disposição: “o ato deixa de ser crime quando tenha menor

significância, em razão da insignificância de suas consequências danosas e do baixo nível de responsabilidade criminal do ofensor”.

Em face do exposto, verificamos que o Princípio da Insignificância, além de ser os freios e contrapesos da atuação formalista e indiscriminatória do Poder Judiciário, possui a finalidade de acelerar os trâmites legais e diminuir a demanda de processos que tornam o Sistema Judiciário Brasileiro moroso.

X – Princípios Constitucionais referentes ao Princípio da Insignificância

O Princípio da Insignificância correlaciona-se com diversos Princípios Constitucionais e Penais de nosso Ordenamento Jurídico. Portanto, cumpre-nos elucidá-los como uma forma indubitável de embasar, justificar e alicerçar sua aplicação.

10.1 – Princípio da Legalidade

Este princípio é a base de todo o Ordenamento Jurídico, visto que, as condutas quando não proibidas em lei, são permitidas e, só serão consideradas crime se houver lei prevendo-as. Tais fundamentos estão expressamente previstos no art. 5º, II e XXXIX, da Carta Magna, que assim segue: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (VADE MECUM, 2009, p. 7-9).

Conforme posicionamento doutrinário de Luiz Luisi, tal princípio desdobra-se em três postulados: reserva legal (fontes das normas penais incriminadoras); determinação taxativa (enunciação dessas normas) e irretroatividade (validade das disposições penais no tempo).

O primeiro desdobramento refere-se à máxima de Feuerbach “*nullum crime, nulla poena, sine previa lege*”, também vislumbrado através do art. 5º, II da Constituição Federal. Este postulado decorre da proibição do direito costumeiro e da analogia como fonte do Direito Penal, restringindo o poder punitivo do Estado, nos limites da lei.

O segundo aspecto, direcionado ao legislador, estabelece a técnica de elaboração da lei penal, isto é, determina que elas, ao serem editadas, sejam claras, certas e precisas, protegendo o cidadão da discricionariedade judiciária.

O último desdobramento, compreendido em razão da vigência da lei penal, encontra-se claramente estatuído no art. 5º, XL, da Carta Maior, que assim determina: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (VADE MECUM, 2009, p. 9).

10.2 – Princípio da Fragmentariedade

Sendo corolário do princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos relevantes, isto é, os bens jurídicos não são protegidos em sua totalidade pelo Direito Penal, senão aqueles considerados importantes, é facilmente vislumbrado pelo posicionamento doutrinário de Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bittencourt (1996, p.83):

... nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, posto que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.

Ainda neste sentido, o jurista Assis Toledo nos traz seu entendimento doutrinário acerca do referido princípio: “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” (TOLEDO, 1994, p.133).

Assim, fica evidenciado que a natureza fragmentária do Direito Penal, reside em sua atuação parcial, em sua aplicação somente a bens jurídicos relevantes.

10.3 - Princípio da Subsidiariedade

Por meio deste princípio, verificamos o caráter secundário do Direito Penal através *ultima ratio*, ou seja, a intervenção penal só se justifica se forem esgotados outros meios que o Estado dispõe para atuar no caso concreto.

Enfim, o Direito Penal só estará legitimado para tutelar bens jurídicos lesionados ou expostos a perigo de lesão quando todas as outras formas de proteção já forem exauridas.

Portanto, a intervenção penal será precedida pela busca de soluções na esfera civil ou administrativa, de forma a satisfazer o resguardo do bem jurídico, sem a necessária atuação de um caminho mais gravoso.

10.4 - Princípio da Lesividade

Também conhecido como Princípio da Ofensividade, está intrinsecamente ligado ao Princípio da Fragmentariedade e da Intervenção Mínima, correspondendo à determinação de que o Direito Penal só será efetivado se a lesão ao bem jurídico for significativa, levando-se em conta as particularidades do caso concreto.

Por meio deste, verificamos pura e simplesmente a não concepção da existência de um crime sem a devida ofensa ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), enfim, só será definido um delito, a partir da sua materialidade ofensiva. Portanto, a sua invocação repercute na limitação do *ius puniendi* estatal.

10.5 - Princípio da Intervenção Mínima

Em razão dos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, a forma mais drástica de reação estatal frente ao delito, tornou-se mais amena, visto que sua atuação passou a ser empregada de maneira mínima, caracterizando o chamando Direito Penal Mínimo.

Este princípio, de natureza político-criminal, está embasado na tutela penal dos bens mais relevantes, na punição dos ataques mais intoleráveis (caráter fragmentário) e na atuação do Direito Penal como última forma (*ultima ratio*) de solucionar o problema, diante da incapacidade de outros ramos do direito (caráter subsidiário).

Neste sentido, F. Munhoz Conde defende que a intervenção penal só se justifica “quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito” (p. 60).

Complementando, o aludido princípio possui funções específicas que delimitam o poder repressor do Estado em face das bases acima expostas. Portanto, estabelece as hipóteses de incidência da lei penal (processo legislativo de elaboração das leis penais), indica os limites de restrição da liberdade (limitação da tipicidade legal – desconsideração da tipicidade) e também incide quando, mesmo sendo aplicada a pena privativa de liberdade, haja a possibilidade de substituí-la pela menor das penas aplicáveis ao caso concreto.

10.6 - Princípio da Adequação Social

Decorrente da Teoria da Adequação Social formulada por Welzel, excluindo, desde logo, a conduta do agente em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos materialmente atípicos.

Através deste princípio verificaremos a situação da conduta dentro de um comportamento socialmente permitido, levando-se em consideração o ponto de vista ético. Em última análise, como bem observa Mir Puig, se reduz à afirmação: “Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto” (TOLEDO, 1994, p.132).

Portanto, tal princípio prima pela proibição da caracterização de condutas como delituosas, se estas forem toleradas ou aceitas pela sociedade, isto é, se elas não recebem juízo de reprovação social.

Todavia, cumpre ressaltar que as condutas devam ser condescendidas pela camada social, não abarcando, portanto, ações excessivas que se enquadram fora dos limites da normalidade.

10.7 - Princípio da Proporcionalidade

Segundo tal princípio, é primordial haver uma proporção entre a gravidade do crime praticado e a sanção imposta ao agente. Assim, deve haver uma razoabilidade entre a finalidade do Direito Penal e a conseqüente resposta estatal.

Em razão disso, este princípio consubstancia-se na efetiva retribuição justa entre o injusto cometido e a penalidade aplicada, limitando, assim, o *ius puniendi* estatal.

É com sábias palavras que compreendemos sua amplitude por meio da postura adotada pelo jurista Luiz Flávio Gomes (2007, p.556):

O princípio da proporcionalidade tem adequação tanto com as exigências da retribuição como com as da prevenção. A proporcionalidade, com efeito, é uma idéia de justiça imanente a todo o Direito, porque este trata de dar a cada um o que é seu, retribuindo-o conforme o valor de sua conduta.

Assim, a proporcionalidade exige a ponderação entre a sisudez do delito praticado contra o bem protegido e a medida que restringe ou priva por meio da pena.

XI – Aspectos Restritivos do Princípio da Insignificância

Não obstante a finalidade deste trabalho defenda a aplicação do princípio da insignificância à condutas eivadas de mínima ofensividade a bens jurídicos irrelevantes, cumpre-nos ressaltar que há posicionamento doutrinário contrário à sua consagração.

A principal restrição defendida por Élcio Arruda da Revista Magister (2009, p.41), citando Volney Corrêa e Ricardo Henry, encontra-se na possibilidade da insignificância cair em laxismo penal. Esta expressão consiste na:

tendência a propor a) solução absolutória quando as evidências do processo apontem em direção oposto, ou b) punição benevolente, desproporcionada à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e à periculosidade do condenado, tudo sob o pretexto de que, vítima do fatalismo socioeconômico, o delinquente sujeita-se, quando muito, a reprimenda simbólica.

Em razão disso, fica esclarecido que as conseqüências dos delitos refletem em direção contrária às sanções, proporcionando ao agente a possibilidade de cometer diversos gravames de mingua expressão e escapar das malhas do poder punitivo Estatal.

Outros doutrinadores apontam objeções, tais como a ausência de previsão legal do princípio, a dificuldade de serem estabelecidos critérios norteadores do valor insignificante, a impossibilidade de sua aplicação aos crimes já definidos como de condutas de pouca relevância e, principalmente, a possibilidade de o princípio ser um reflexo da impunidade através da não atuação da reprimenda estatal, objeção esta que corresponde à apontada por Élcio Arruda.

Apesar de serem suscitados tais obstáculos, os valores fundantes levantados podem ser claramente contraditos quando afirmamos que além do aludido princípio, temos a elaboração,

pela doutrina, de causas supralegais, que não estão legalmente previstas, mas que se justificam pelo fato da norma escrita não esgotar totalmente o Direito.

Portanto, o princípio da reserva legal não será ferido, em face da ausência de previsão legal. Ausência esta que se encontra parcialmente verificada, visto que a aplicação da insignificância não está disposta no Estatuto Repressivo Geral, mas encontra-se delimitada na norma específica – Código Penal Militar (art. 209).

Ainda, o valor bagatelar do bem jurídico protegido pode ser estabelecido por meio de critérios razoáveis embasados nos princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade e intervenção mínima do Direito Penal, delimitado a partir da análise do caso concreto, da relevância do bem jurídico perante a sociedade - tipicidade material, da proporcionalidade entre a lesão sofrida e a consequência jurídica, da tolerância da conduta pela sociedade, enfim, pode-se até mesmo utilizar o bom senso do magistrado, sem chegarmos ao extremo da arbitrariedade.

Sobre os crimes definidos como de condutas de pouca relevância, temos previstos tipos privilegiados (art. 155, § 2º, CP), contravenções penais (art. 21, do Decreto-Lei 3688/41) e infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 61, da Lei 9099/95). A expressa disposição legal sobre suas consequências quando praticados, traria à tona a afirmativa de que não há a possibilidade de aplicarmos o princípio da insignificância, a fim de não contrariarmos a lei.

Porém, esta afirmativa não é concretizada ao passo que levamos em consideração a ofensa ao bem jurídico. Sendo esta valorada pelo intérprete como de pequena monta, qual impedimento teríamos à aplicação do aludido princípio aos tipos privilegiados e contravencionais?

A intervenção mínima e a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal delimitam que os delitos só deveriam ser da seara da tutela Estatal quando realmente oferecem gravidade à sociedade.

Com isso, não haveria explicações plausíveis à não incidência do princípio aos delitos de menor potencial ofensivo, julgados por juizados especiais - Lei 9099/95, visto que, se a infração é desta essência, não pode ter natureza penal e, conseqüentemente, não há aplicação de rigorosas medidas às transgressões cometidas. Portanto, a estes, haveria a possibilidade da atipicidade material do fato, quando verificada a inexpressividade da lesão.

A respeito de o princípio ser um reflexo da impunidade, mais uma vez invocamos a natureza fragmentária e subsidiária do direito penal a fim de confrontarmos a idéia de inércia penal

através da transferência da competência dos delitos e não da consideração de tais condutas lícitas.

Por oportuno, não é a insignificância que trará primordialmente a descriminalização de condutas, ao passo que há casos que nem sequer chegam ao conhecimento das autoridades policiais (criminalidade oculta) e outros que pela descriminalização interpretativa, justificam-se pela dúvida do elemento subjetivo (intenção do agente).

Com efeito, ao removermos as penas privativas de liberdades, impondo medidas de natureza administrativa e ou pena de multa, assim como ocorre no Japão, Itália, Alemanha, França, Suíça, Inglaterra e Canadá, traremos a reparação do dano à vítima excluindo a afirmativa de impunidade penal.

Outra objeção apontada ao princípio da insignificância reside na dificuldade de valorar ofensas em delitos não materiais, isto é, formais ou de mera conduta. Esta objeção é defendida por Heinz Zipf, ao acreditar que somente os delitos materiais, caracterizados pela presença de um resultado, são merecedores da ótica bagatelar.

Ao adotar tal posicionamento, o jurista baseia-se tão somente no desvalor do resultado, sem se ater ao desvalor da conduta, outro critério relevante para a fixação da insignificância do fato. Assim, mesmo para crimes formais ou de mera conduta, se a conduta for de inexpressiva periculosidade social ou de ínfima afetação ao bem jurídico, há a incidência do princípio da insignificância.

Neste diapasão, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo aplicou o aludido princípio a processos relativos a crimes contra a honra (injúria e difamação) afirmando que “os fatos atribuídos pelo querelado ao querelante, em anotações constantes de livros de sugestões e reclamações, são classificáveis como meras ‘traquinagens’, fatos corriqueiros, que não podem ser elevados à categoria de ofensivos à reputação do querelante” (RJDTACrimSP, 1:216).

Por fim, ainda poderíamos afirmar que o princípio da insignificância é um instituto que veio para inquinar a obrigatoriedade da ação penal, quando o Ministério Público, titular da ação penal, afere a ocorrência ou não de crime no caso concreto.

Declaração esta controversa, visto que o promotor de justiça deve requerer o arquivamento (art. 28, CPP) do inquérito policial ao se deparar com um caso de ínfima afetação ao bem jurídico tutelado. Portanto, o Ministério Público requererá o arquivamento quando houver

atipicidade material, e não decidirá quanto à existência ou não do delito. Ato este reservado à alçada do Magistrado.

Importante ressaltar que a obrigatoriedade e a indisponibilidade da ação penal pública passaram a ser relativas quando a Carta Magna trouxe em seu art. 98, I, a criação dos juizados informais para julgamento das “infrações penais de menor potencial ofensivo” (Lei no 9.099/95). Nestes, passamos a ter uma discricionariedade relativa aos termos como princípios norteadores, a conciliação ou a transação.

XII – Apontamentos jurisprudenciais acerca do Princípio da Insignificância

Perante a cúpula do Judiciário Brasileiro, os crimes de ínfima afetação ao bem jurídico, são pacificamente considerados insignificantes, portanto, o que leva as instâncias inferiores a aplicarem penas a crimes de bagatela, em face do já determinado posicionamento da última instância do Poder Judiciário Brasileiro? Seria o comodismo, o rigorismo técnico, a exacerbada subordinação à legalidade, a concretude do positivismo aplicado ou o mero receio da conivência da criminalidade perante a sociedade?

A justiça será feita através da pura, crua e dura legalidade indiscriminadamente, ou através de valores morais e humanos, que põem fim aos conflitos sem cometer injustiças pelo exagero diante do desvalor da conduta e a irrelevância do resultado?

Assim, estamos diante de um conflito entre a moral versus a legalidade positivista. Mas, todavia universal entendimento, traremos uma compilação dos principais exemplos beneficiados com o princípio de bagatela.

De um modo geral, já foram agraciados delitos militares, ambientais, descaminho, roubo, sonegação fiscal, tóxicos, moeda falsa, apropriação indébita, lesões corporais levíssimas, crimes contra a honra, furto, entre outros. Este, por sua vez foi considerado o principal motivo ensejador da valoração do bens de diminuta significância.

De maneira expressa, traremos alguns casos reais dos exemplos acima citados em que foram aplicados o princípio da insignificância. Entre eles temos: apropriação indébita e posterior venda de um painelão de ferro orçado em torno de R\$ 20,00 (vinte reais) – processo 70008525651 (Revista de Jurisprudência do TJRS, nº 238/239); acusação de um militar de ter levado ao quartel e lá guardado um papelote contendo dois decigramas de cocaína – Habeas Corpus 93822 STF; acusação de um deputado federal de ter ocasionado danos – suprimimento

da vegetação e aterro de uma área de 0,652 hectares, à Unidade de Conservação do Parque Estadual da Serra do Mar, em Sertãozinho do Leo, no município de Ubatuba, no litoral norte de São Paulo – Ação Penal 439, julgada pelo STF.

Neste sentido, temos o caso das lesões corporais levíssimas praticadas por um policial militar – Habeas Corpus 1860/2004 TJRJ; acusação de roubo em um supermercado, de mercadorias orçadas em R\$ 86,50 e conseguinte restituição dos objetos subtraídos – Habeas Corpus 92744 concedido pela 2ª turma do STF.

Ainda, em relação ao crime de moeda falsa:

HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA. A apreensão de nota falsa com valor de cinco reais, em meio a outras notas verdadeiras, nas circunstâncias fáticas da presente impetração, não cria lesão considerável ao bem jurídico tutelado, de maneira que a conduta do paciente é atípica. Habeas corpus deferido, para trancar a ação penal em que o paciente figura como réu.
(HC 83.526/CE, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA)

Neste diapasão, explicitaremos casos de furto que foram amplamente divulgados na mídia. Entre eles temos o caso Maria Aparecida de Matos, que ficou presa por um ano e sete dias em São Paulo por ter furtado um xampu e um condicionador em uma farmácia; o furto de leite e queijo cometido por um artista plástico de Maceió, preso há mais de quatro meses; o furto de quatro quilos de frango e um quilo de cebola praticado por um cozinheiro de um restaurante na Vila Madalena; o furto de um pacote de biscoito no valor de R\$ 1,47, que rendeu a prisão por um mês de João (nome fictício); o furto de uma garrafa de pinga no valor de R\$ 1,50, após sete meses de prisão; a tentativa de furto de rolos de papel higiênico e desinfetante perpetrado por um homem de 50 anos em Matão – SP.

Finalmente, o furto de quatro minhocas denunciado por uma promotora pública em Minas Gerais, cuja exclusão da tipicidade foi concedida pelo STJ em razão da conduta dos acusados ser de inexpressivo poder lesivo ao bem jurídico tutelado pela Lei de crimes contra a fauna e o furto de um estojo avaliado pela perícia criminal em R\$ 5,00 (HC 62529 STJ).

Conclusão

Nos primórdios, a aplicação de sanção à conduta praticada, possuía caráter severo, cruel, rígido, áspero e inflexível, cuja natureza era totalmente repressiva. Ainda, era público e notório a inobservância de fatores subjetivos e princípios embaixadores da Humanidade e Dignidade da Pessoa Humana.

Institutos como “fazer justiça pelas próprias mãos”, Lei do Talião (olho por olho, dente por dente), Juízos de Deus (aplicação de testes de culpa) e Santa Inquisição fizeram parte desta época marcante do Direito Penal, cujo caráter intimidatório da pena era evidenciado pela ausência de proporcionalidade entre a infração e a sanção imposta.

A manifestação crítica de Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), passou a tratar a questão criminal com outros olhos. Sendo então problematizada quando conflitada com valores da racionalidade, proporcionalidade e igualdade.

No Brasil, a crueldade e desproporcionalidade também foram características marcantes da reprimenda estatal. Contudo, os Estatutos Repressivos que passaram a vigorar, trouxeram a abolição da pena de morte, utilização da pena privativa de liberdade, proporcionalidade, tratamento diversificado entre os sujeitos ativos do delito, adoção do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, entre inúmeros outros que contribuíram para a mudança da maneira punitiva.

O Direito Penal, hodierno, é pautado por princípios constitucionais e penais que determinam, regulam e restringem a atuação indiscriminada do Estado, propiciando uma efetiva razoabilidade e proporcionalidade da aplicação da pena.

Entre estes princípios, citamos os norteadores de um Direito Penal Mínimo, Fragmentário e Subsidiário e que ao serem correlacionados com os da Adequação Social, Proporcionalidade e Lesividade, embasam todo o contexto do Princípio da Insignificância.

Tal princípio fora idealizado por Claus Roxin e consagrado como um instituto que prima pela desconsideração da tipicidade do fato, cuja lesão ou dano, encontram-se num patamar tão ínfimo, de consequência tão irrelevante, que seria desnecessária e injusta a atuação do direito penal e a movimentação da máquina judiciária.

Diante disso, verifica-se que o Princípio de Bagatela atua na materialidade do fato, na valoração da conduta e no resultado lesivo ao bem. Portanto, há fatos formalmente típicos, mas que são desconsiderados pela pequenez de sua materialidade.

Além da materialidade do fato, ficou evidenciado que o referido princípio não é taxativamente aplicado a crimes puramente materiais, mas também a delitos formais e de mera conduta.

Ainda, critérios subjetivos, como os antecedentes criminais dos indivíduos, e delitos já previstos na legislação penal pátria ou em leis extravagantes, que já tenham a minoração da pena de forma expressa, não seriam obstáculos à aplicação do princípio.

Alguns doutrinadores sustentam certas objeções ao aludido princípio face ao exacerbado positivismo jurídico. Contudo, tais obstáculos foram claramente contraditados, dando assim, maior efetividade ao princípio de bagatela.

O Princípio de Bagatela, também possui função restritiva à atuação penal, visto que ao analisar a materialidade do tipo penal, e verificar gravames de mingua expressão, haverá a desconsideração da tipicidade destes delitos, e a consequente restrição à reprimenda estatal.

Assim, crimes de bagatela como os já demonstrados, e outros tais como a apropriação indébita de um panelão de ferro com o intuito da compra de remédio, a subtração de um pacote de arroz, duma faca e cadeados, de um pote de margarina, de um feixe de cana-de-açúcar avaliado em R\$ 2,00 (dois) reais, de frango no valor de R\$ 3,50 (três e cinquenta), a sonegação de tributo orçado em R\$ 0,68 (sessenta e oito) centavos, são considerados fatos bagatelares que deveriam ser bem avaliados, antes de movimentar o custoso e moroso Judiciário Brasileiro.

Com isso, afirma-se que o Estado deve preocupar-se com lesões significantes, de relevante valor social, e que realmente, após analisados os princípios embaixadores de um Direito Penal Mínimo, Subsidiário e Fragmentário, possam receber a definição de delito passível de punição.

Apesar do Princípio de Bagatela estar assentado no Direito Brasileiro, ser suscitado inúmeras vezes em defesas processuais e ter tido diversas procedências na Suprema Corte Federal, é necessário mais que isto, é econômico, mais célere e viável, que os Magistrados Monocráticos defiram de plano, depois de constatada a infimês da conseqüência danosa.

Finalmente, este princípio que veio para reduzir a demanda de processos no judiciário e findar a injustiça aplicada a lesões de diminuta relevância, não pode ser comparado com um sistema de impunidade, ausência estatal ou meio desencadeante dum laxismo penal, e sim, concretizado como um instituto que prima pela celeridade processual e humanidade na análise e tratamento dos delitos irrisórios.

Diante disso, prima-se pela maior aplicabilidade do Princípio da Insignificância, amenizando o concreto positivismo jurídico, tornando-o num relevante instrumento de controle do poder punitivo estatal e numa extraordinária maneira de atenuar as injustiças praticadas pela então conceituada “Justiça”.

Referências

Fontes

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: parte geral**, v.1, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 431-32.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Revista dos Tribunais. 4. ed., p. 45.

Livros, Monografias, Teses

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. A. Carlos Campana. São Paulo: Bushatsky, 1978.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal : parte geral (arts. 1º a 120)**, v. 1, 12. ed. de acordo com a Lei n. 11466/2007. São Paulo: saraiva, 2008, p. 11-21.

CONDE, F. Munhoz. **Introducion al Derecho Penal**. p. 60

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 467-74.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 43-60.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 19-186; 443-455; 464-513; 553-561; 656-666.

LUIZI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. rev. e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 17-32; 38-46.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 117-118.

MAÑAS, Carlos Vico. **O Princípio da Insignificância como Excludente de Tipicidade no Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 56 e 81.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. p. 300.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 28-29; 118-119.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 41-44.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 4 ed. ver., atual. e ampl. 3. Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 60-78.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal – Lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 122.

REBELO, José Henrique Guaracy. **Princípio da Insignificância**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 38.

ROBERTI, Maura. **A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 53-101.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei nº. 7209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21-29; 131-134.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v.1, p. 23-24.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editar, 1981, v. 3.

Periódicos

ACKEL FILHO, Diomar. **O Princípio da insignificância no Direito Penal**. JTACrimSP, São Paulo, 1994.

_____. **O Princípio da insignificância no Direito Penal**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, abr./jun.1988.

BITTENCOURT, Cezar Roberto., PRADO, Luiz Regis. **Princípios Fundamentais do Direito Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 04, n. 15, jul./set. 1996, p.81-88.

Folha de São Paulo de 21/03/2009, p. C 1.

Folha de São Paulo de 26/03/2009, p. E 12.

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. V.29 (abr./maio 2009). Porto Alegre: Magister, 2009 – Bimestral. ISSN 1807-3395, p.39-43.

Vade Mecum / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7-9.

Textos da Internet

GOMES, Luiz Flávio. Tipicidade penal = tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8383>>. Acesso em: 13 jul. 2009.

MAÑAS Carlos Vico. O Princípio da Insignificância no Direito Penal. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud4/insign.htm> Acesso em: 27 jul. 2009