

HELOÍSE ANGELINE CABELO

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA NO DIREITO
BRASILEIRO**

Bacharel em Direito

FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS

ASSIS

2014

HELOÍSE ANGELINE CABELO

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA NO DIREITO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial de aprovação no curso de Direito, ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Orientador: Cláudio José Palma Sanchez

Área de Concentração: Direito Penal e Processual Penal

**ASSIS-SP
20014**

FICHA CATALOGRÁFICA

CABELO, Heloíse Angeline.

O Princípio da Insignificância ou Bagatela no Direito Brasileiro - Heloíse Angeline Cabelo – Assis, FEMA, 2014

57 páginas

Orientador: Cláudio José Palma Sanchez

Dissertação (Graduação em Direito) - Curso de Direito da Fundação Educacional do Município de Assis, 2014.

1. Lesividade material ao bem jurídico tutelado 2. Princípio da insignificância 3. Exclusão da tipicidade penal. - Heloíse Angeline Cabelo.

CDD:340
Biblioteca da FEMA

HELOÍSE ANGELINE CABELO

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA NO DIREITO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento do Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal do Ensino Superior), como requisito para conclusão de curso, sob orientação específica do Prof. Ms. Cláudio José Palma Sanchez, e orientação geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

Orientador: Cláudio José Palma Sanchez

Analisador: _____

ASSIS

2014

Dedicatória

Agradeço primeiramente a Deus, pois é Ele que permitiu eu chegar onde estou até hoje, à minha avó Angelina Vieira de Camargo, que sempre acreditou em mim, à minha mãe Marli de Moraes e ao meu pai Luís Henrique Cabelo, e, principalmente, ao meu namorado Anderson Gomes, por me ajudar na concretização do meu sonho.

RESUMO: A teoria analítica do crime prescreve ser o crime um fato típico e antijurídico, segundo a teoria clássica do direito penal, a tipicidade penal exige para sua configuração tão somente a adequação formal do fato concreto ao tipo descrito na norma penal, sem valorar a lesividade desta conduta para o bem jurídico tutelado pela referida norma criminal, eis que o sistema pressupõe que esta valoração fora realizada pelo legislador por ocasião da elaboração da norma penal. Em que pese essa sistematização ser adequada e eficaz para grande maioria dos casos de aplicação das normas penais, existem situações nas quais a aplicação pura e simples da norma penal gerará grande injustiça, aplicando-se uma sanção demasiadamente enérgica para a conduta praticada. O princípio da insignificância ou bagatela foi desenvolvido justamente para permitir a aplicação mais justa da norma penal, exigindo-se a valoração, no caso concreto, da lesividade da conduta praticada em comparação com o bem jurídico que esta norma visa tutelar. Referido princípio descaracteriza a tipicidade do fato quando o mesmo não se apresentar razoavelmente ofensivo ao bem jurídico tutelado. Segundo os adeptos deste entendimento, para caracterização do crime, a conduta do agente deve ser formal e materialmente típica. Assim, com fundamento no princípio penal da insignificância ou bagatela, condutas descritas em lei como delituosas, mas que no caso concreto apresentem ínfima potencialidade lesiva para o bem jurídico tutelado pela norma penal, não caracterizam crimes por constituírem fatos atípicos.

Palavras-chaves: 1. Lesividade material ao bem jurídico tutelado 2. Princípio da insignificância 3. Exclusão da tipicidade penal.

ABSTRACT: the analytical theory of crime is the crime prescribes a typical and antijurídico fact, according to the classical theory of criminal law, criminal typicality requires for its setting as only the formal adequacy of concrete fact the type described in the criminal standard, without judging the harmfulness of this conduct for the legal interests protected by the criminal standard that, behold, the system assumes that the valuation carried out by the legislature when drafting the criminal standard. Despite this systematization be appropriate and effective for most cases of application of the criminal law, there are situations in which the mere application of the criminal standard will generate great injustice by applying an overly energetic penalty for conduct practiced. The principle of insignificance or trifle was developed precisely to allow fairer application of the criminal standard, demanding valuation, in this case, the harmfulness of conduct practiced compared with the legal right that this standard seeks to protect. That principle mischaracterizes the typicality of the fact when it is not present fairly offensive to the protected legal right. According to the supporters of this understanding, to characterize the crime, the conduct of the agent should be formally and materially typical. Thus, based on the principle of insignificance or criminal trifle, conduct described in law as criminal, but in this case exhibit negligible potential for affecting the legal interests protected by the criminal law, not because they constitute crimes characterize atypical facts.

Keywords: 1 harmfulness materials and tutored the legal principle of insignificance 2 3 exclusion of criminal typicality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	12
Capítulo 1 – TEORIA DO CRIME E TIPICIDADE PENAL.....	13
1.1 – TEORIA DO CRIME.....	13
1.1.1 - Conceito de Crime.....	13
1.1.2 – Infração penal e a diferenciação entre suas espécies crime e contravenções penais.....	18
1.1.3- sujeito ativo e passivo da infração penal.....	19
1.1.4. - Objeto do crime.....	21
1.2- TIPICIDADE PENAL.....	21
Capítulo 2: DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS RELACIONADOS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA.....	27
2.1 - PRINCÍPIOS JURÍDICOS: DEFINIÇÃO.....	27
2.2 – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	28
2.2.1 - Expressões sinônimas no direito brasileiro.....	29
2.2.2 - Previsão normativa.....	30
2.2.3 - Subprincípios ou elementos.....	31
2.3 – PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	32
2.4 – PRINCÍPIO DA FRAGMENTALIDADE.....	34
2.5 – PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	36
Capítulo 3: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA NO DIREITO BRASILEIRO.....	37
3.1 – DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA.....	37
3.2 - PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	39

3.3 - O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	40
3.4 - REQUISITOS AUTORIZADORES PARA APLICAÇÃO OU INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	42
3.5 - REQUISITOS AUTORIZADORES PARA APLICAÇÃO OU INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	42
3.6 - “INFRAÇÕES PENAIS” ÀS QUAIS O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA SE APLICA E VEDAÇÕES.....	48
3.7 - REPERCUSSÃO DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: ATIPICIDADE DO FATO.....	53
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto de estudo a aplicação do princípio da insignificância no direito penal brasileiro, com a verificação de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico constitucional em vigor e a sua aceitação na jurisprudência dos tribunais superiores do país.

O estudo será desenvolvido a partir da problemática que passa a ser exposta.

A teoria analítica do crime, segundo a maioria dos doutrinadores clássicos de direito penal prescreve ser o crime um fato típico, antijurídico e culpável, lembrando que alguns acrescem a estes elementos a punibilidade.

Por outro lado, em um ordenamento jurídico democrático, o direito penal apresenta como princípio máximo a legalidade, no sentido de que somente serão consideradas as condutas criminosas aquelas que estiverem descritas como tal em uma lei vigente previamente ao fato ocorrido.

Cabe ressaltar, ainda, que o direito penal caracteriza-se como a *ultima ratio* de um determinado ordenamento jurídico, representando a tutela extrema este a um determinado bem jurídico, a ser utilizado quando a proteção conferida por outros ramos do direito apresentar-se falha ou insuficiente.

Assim, segundo a teoria clássica do direito penal, a tipicidade exige para sua configuração tão somente a adequação formal do fato concreto ao tipo descrito na norma penal, sem valorar a lesividade desta conduta para o bem jurídico tutelado pela referida norma criminal, eis que o sistema pressupõe que esta valoração fora realizada pelo legislador por ocasião da elaboração da norma penal.

Em que pese essa sistematização ser adequada e eficaz para grande maioria dos casos de aplicação das normas penais, existem situações nas quais a aplicação pura e simples da norma penal gerará grande injustiça, aplicando-se uma sanção demasiadamente enérgica para a conduta praticada.

O princípio da insignificância ou bagatela foi desenvolvido justamente para permitir a aplicação mais justa da norma penal, exigindo-se a valoração, no caso concreto, da lesividade da conduta praticada em comparação com o bem jurídico que esta norma visa tutelar.

Referido princípio descaracteriza a tipicidade do fato quando o mesmo não se apresentar razoavelmente ofensivo ao bem jurídico tutelado, como por exemplo, quando

o objeto de crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça for de diminuto valor.

Segundos adeptos deste entendimento, para caracterização do crime, a conduta do agente deve ser formal e materialmente típica.

Assim, com fundamento no princípio penal da insignificância ou bagatela, condutas descritas em lei como delituosas, mas que no caso concreto apresentem ínfima potencialidade lesiva para o bem jurídico tutelado pela norma penal, não caracterizam crimes por constituírem fatos atípicos, devendo esta conclusão repercutir nos procedimentos administrativos e penais referentes à persecução penal estatal.

Quanto à estrutura do estudo, será exposta, de forma inicial, o conceito analítico de crime, segundo o qual são elementos característicos ou componentes do crime o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade (segundo a maioria da doutrina penal brasileira).

Em seguida examinar-se-á a tipicidade enquanto juízo de adequação a ser feito sobre a subsunção ou adequação do fato em concreto ao tipo descrito na norma penal em abstrato, uma vez que o estudo do princípio da insignificância tem suas balizas argumentativa da reinterpretação que seus adeptos conferem à tipicidade pena.

Após serão abordados os princípios jurídicos que estão interligados à justificação e aplicação do princípio da insignificância, fazendo-se uma sucinta explanação sobre o significado e importância de cada um, quais sejam, os princípios jurídicos da proporcionalidade, da intervenção mínima, da fragmentalidade e da adequação social.

E passando à análise específica do princípio da insignificância, apresentada sua conceituação, abordar-se-á sua previsão no ordenamento, sua natureza jurídica, o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o princípio da insignificância, os requisitos autorizadores para sua aplicação ou incidência dentre outras abordagens pertinentes.

Justifica-se a presente pesquisa na busca de instrumentos jurídicos aptos a proporcionar uma aplicação mais justa e proporcional da norma penal a casos concretos de ínfima repercussão sócio-criminal.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A pesquisa está será embasada nos ensinamentos teóricos de expoentes autores modernos de Direito Penal, os quais expõem de forma sistematizada e desenvolvem os dogmas atinentes ao princípio da insignificância ou bagatela.

Dentre tais autores, no âmbito internacional, destacam-se as lições de Claus Roxin, segundo o qual o Direito Penal deve ser usado apenas para fatos socialmente sensíveis, excluindo a aplicação da norma penal para acontecimentos de diminuta importância e ínfima repercussão social, constituindo tais fatos irrelevantes penais.

No Direito pátrio, autores de renome como Francisco de Assis Toledo, Luiz Flávio Gomes e outros, seguem a mesma linha, defendendo que o Direito Penal não deve ocupar-se ou preocupar-se com bagatelas, uma vez que seu caráter fragmentário deste ramo jurídico determina que sua aplicação se restrinja somente até aonde o mesmo seja estritamente necessário para a proteção do bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico.

Diomar Ackel Filho, por sua vez, ensina que os delitos de bagatela são os fatos que pertinem a ações aparentemente típicas, mas de tal modo inexpressivos e insignificantes, que não merecem a reprovabilidade penal, descaracterizando a tipicidade penal.

Além dos autores supracitados, utilizar-se na pesquisa demais doutrinas jurídicas, artigos acadêmicos e amostras de jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Capítulo 1 – TEORIA DO CRIME E TIPICIDADE PENAL

Sendo o objeto de estudo a aplicação do princípio da insignificância no direito penal brasileiro, e considerando que a argumentação teórica do reside na reinterpretação que se faz sobre a tipicidade penal, para a boa compreensão do assunto necessário de faz a análise da teoria do crime, com a conceituação do crime, sobretudo, sob o viés de seu conceito analítico, para em seguida tecer considerações sobre a tipicidade penal.

1.1 – TEORIA DO CRIME

Quando se aduz à expressão *teoria do crime* se faz referência ao conjunto de conhecimentos e informações agrupadas de forma sistematizada que o estudo sobre os delitos em geral, visando facilitar a averiguação prática da configuração jurídica do fenômeno criminal, ou, em outras palavras, estuda quais são os elementos que compõem o conceito de crime, e a maneira como se deve examinar se esses elementos estão presente em dado fato social a fim de se possa determinar se este se caracteriza como um fato criminoso.

Nesse mesmo sentido é a lição de Eugênio Raúl Zaffaroni, citado por Rogério Greco:

[...] a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, quer dizer, quais são as características que devem ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse puramente especulativo, senão que atende à função essencialmente prática, consistente na facilitação da averiguação da presença ou ausência de delito em cada caso concreto.¹

Busca-se por meio da teoria do crime estudar cada uma das características ou elementos fundamentais do crime, que, segundo a doutrina majoritária brasileira², é composto por fato típico, antijuridicidade e culpabilidade.

1.1.1 - Conceito de Crime

¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. Volume I. 16.^a ed. São Paulo: Impetus, 2014, p. 143.

² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte geral. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 160.

Inexiste no ordenamento jurídico pátrio uma definição jurídica do critério a ser adotado para se determinar quais os fatos devem ser qualificados como crimes.

O conceito de crime é um conceito artificial, em razão de não haver critérios que prontamente possam estabelecer a natureza criminosa aos fatos, considerados somente em sua essência ou substância, eis que o crime independe de fatores naturais.

Na realidade, este conceito é decorrente da vida em sociedade, na qual os membros do grupo convencionam designar de criminosas as condutas ilícitas mais graves e que, por essa natureza, requerem maior rigor punitivo, conforme expõe o filósofo político Michel Foucault, citado por Guilherme de Souza Nucci: *“É verdade que é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este portanto, não é natural”*³.

Confere-se a esses fatos designados de crime um tratamento punitivo específico e mais severo que as demais sanções jurídicas.

Como observa o criminologista Sérgio Salomão Shecaria, o conceito de crime é diferente conforme o enfoque pelo qual é estudado, pois enquanto para o direito o crime é um fenômeno jurídico, composto por um fato típico, pela antijuridicidade e pela culpabilidade, que verificada sua ocorrência concreta fará surgir sua consequência normativa, que é a aplicação da pena, para a criminologia o crime é encarado com um fenômeno sociológico, representando um problema social. Com efeito, escreve o citado autor:

O conceito de delito não é exatamente o mesmo para o direito penal e para a criminologia. Para o direito penal o crime é a ação típica, ilícita e culpável. Pode-se notar, dessa definição, que a visão que o direito penal tem do crime é uma visão centrada no comportamento do indivíduo. Ainda que o conceito contemple fatores que se voltam para a generalidade das normas – e por via de consequência para a generalidade das pessoas –, como é o caso da ilicitude, não se pode deixar de mencionar que tal conceito aponta para o caminho natural e cotidiano feito pelos operadores do direito em relação aos fatos delituosos: um puro juízo de subsunção do fato à norma, juízo esse que é puramente individual. Para a criminologia, no entanto, como o crime deve

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte geral. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 158.

ser encarado como um fenômeno comunitário e como um problema social, tal conceituação é insuficiente. [...] ⁴

O crime pode ser conceituado sob diversas acepções, de forma que se fala em conceito *material*, em conceito *formal* e em conceito *analítico* de crime.

O conceito material de crime se refere àquelas condutas que são consideradas pela sociedade como graves e ofensivas a bens ou interesses que são considerados importantes pelo grupo social e por essa razão demanda uma proteção mais robusta por parte do conjunto normativo que disciplina a vida em sociedade.

Crime na acepção material é sinônimo de condutas ofensivas e que geram instabilidade e desarmonia social, sendo prévio à norma penal incriminadora, e servindo como fonte de subsídios valorativos para o legislador penal adotar o critério político-penal sobre quais condutas deve criminalizar, qual a natureza e a quantidade da pena a ser aplicada aos infratores, o que vai variar conforme esse julgador considere aquela conduta mais ou menos grave para o grupo social. Nesse sentido, afirma Claus Roxin: “o conceito material de crime é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que o Direito Penal deve punir e o que deve deixar impune” ⁵.

A conceito material do crime é aquele próprio à criminologia, no sentido de que considera o crime como um acontecimento social e que causa problema à convivência dentro da comunidade.

Tal acepção define, em uma fase anterior à normatização, quais são os fatos sociais lesivos que devem ser considerados como *crime*, e assim, se sujeitarem às sanções do direito penal.

E nessa tarefa, a criminologia propõe alguns critérios úteis para se qualificar determinado fato como criminoso, de forma que para ser considerado crime o fato deve apresentar cumulativamente as seguintes características:

- 1) que o fato tenha uma *incidência massiva na população*;
- 2) que haja *incidência aflitiva* do fato praticado;
- 3) que haja *persistência espaço-temporal* do fato que se quer imputar de delituoso;

⁴ SHECARIA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 43.

⁵ Citado por Guilherme de Souza Nucci em sua obra Manual de Direito Penal – Parte geral. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 158.

4) que haja um *inequívoco consenso* a respeito das causas e de quais técnicas de intervenção seriam mais eficazes para o combate do fato.⁶

Explicando as características acima elencadas, pela clareza e didática de sua explanação, segue transcrita a lição de Sérgio Salomão Shecaria:

Em outras palavras, o que se quer saber é: quais os critérios ensejadores de cristalização de uma conduta como criminosa?

[...]

Encarado como um problema social e tendo como referência os atos humanos pré-penais, alguns critérios são necessários para que se reconheçam nesses fatos condições para serem compreendidos coletivamente como crimes. O primeiro ponto é que tal fato tenha uma *incidência massiva na população*. Não há que reconhecer à condição de crime a fato isolado, ocorrido em distante local do país, ainda que tenha causado certa abjeção da comunidade. Se o fato não se reitera, desnecessário tê-lo como delituoso.

[...]

O segundo elemento, a concorrer com os demais, é que haja *incidência aflitiva* do fato praticado. É natural que o crime produza dor, quer à vítima, quer à comunidade como um todo. Assim, é desarrazoado que um fato, sem qualquer relevância social, seja punido na esfera criminal.

[...]

Terceiro elemento constitutivo do conceito criminológico de crime é que haja *persistência espaço-temporal* do fato que se quer imputar de delituoso. Não há que ter como delituoso um fato, ainda que seja Massivo e aflitivo, se ele não se distribui por nosso território, ao longo de um certo tempo. Isso ocorreu com os furtos de veículos. Sua reiteração, sua lesividade ao bem jurídico, sua persistência espaço-temporal, fizeram com que o legislador aumentasse a pena desses fatos, quando o veículo fosse transportado para outros Estados ou quando transpusesse as fronteiras do País (art. 155, § 5.º, do CP).

[...]

Por derradeiro, o quarto elemento a exigir-se para a configuração de um fato como delituoso é que se tenha *um inequívoco consenso* a respeito de sua etiologia e de quais técnicas de intervenção seriam mais eficazes para o seu combate. Tomemos como exemplo o uso do álcool. Seguramente poderíamos qualificar o álcool como uma droga lícita, mas uma droga que produz profundas consequências não somente para todos os dependentes, bem como para todos quantos têm que se relacionar como adcto. Não se tem dúvida, pois, de que o uso

⁶ SHECARIA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 44-46.

indiscriminado de bebidas alcoólicas produz consequências massivas, aflitivas, e de que tais consequências têm uma persistência espaço-temporal. Mas quantos estudiosos sérios proporiam a criminalização do uso ou do contrabando do álcool? Quantos cometeriam o mesmo erro do passado, no período da Lei Seca nos Estados Unidos? Sem dúvida, não são todos os fatos que, aflitivos, massivos, com persistência espaço-temporal, devem ser considerados crimes. [...]⁷

E o citado autor arremata sua explanação sentenciando que “*na realidade, qualquer reforma penal [tipificação de condutas em norma penal incriminadora, por meio de lei] deveria averiguar o preenchimento dos critérios acima elencados para a verificação do juízo de necessidade da existência de cada fato delituoso*”⁸.

Passando para o conceito formal de crime, tem-se que crime nessa acepção é a conduta descrita em tipo penal incriminador, instituída por lei, representado, em síntese, a formalização do conceito material de crime, como anota Guilherme de Souza Nucci:

É a concepção do direito acerca do delito, constituindo a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno. Cuida-se, na realidade, de fruto do conceito material, devidamente formalizado.⁹

Decorre da observância, por parte do Estado, do princípio da legalidade penal (ou reserva legal), de forma que somente existira crime em sentido formal se houver uma lei anterior que defina a conduta como criminosa e cominar a respectiva pena¹⁰.

Por fim, em sua concepção ou conceito analítico, que é a mais útil e adequada para a sistematização da aplicação do direito penal, crime o fato típico, antijurídico e culpável.

Em essência, essa concepção é apenas o conceito formal de crime fragmentado ou dissecado em seus elementos componentes.

Assim, de acordo com a doutrina majoritária do direito penal¹¹, do ponto de vista analítico, o crime é o fato típico, antijurídico e culpável, sendo que somente haverá

⁷ SHECARIA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 44-47.

⁸ SHECARIA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 47.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte geral. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 159.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte geral. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 159.

a configuração ou caracterização jurídica do crime se todos esses elementos estiverem presente no fato analisado. Ao contrário, ausente qualquer um destes elementos, o fato será atípico, sendo penalmente irrelevante.

Pela pertinência à construção teórica que embasa o princípio da insignificância, qual seja, a reinterpretação da tipicidade penal, que o instrumento meio para se determinar a caracterização do fato típico, é esse o conceito de crime mais relevante para abordagem neste trabalho. Por tal razão, a tipicidade penal será examinada de forma mais detida adiante.

Por ora, serão expostos outros conceitos relevante na teoria do crime, tais como a espécies de infrações penais, os sujeitos ativo e passivo e o objeto do crime.

1.1.2 – Infração penal e a diferenciação entre suas espécies crime e contravenções penais

O sistema jurídico penal brasileiro designa de infração penal todas as condutas ilícitas que violem a norma penal incriminadora, sendo este termo o gênero.

De outro lado, quanto às suas espécies, o Brasil consagrou o critério bipartido, considerando que são espécies de infrações penais os crimes (ou delitos) e as contravenções penais, como explica Rogério Greco:

[...] nosso sistema jurídico-penal, da mesma forma que o alemão e o italiano, v.g., fez a opção pelo critério bipartido, ou seja, entende, de um lado, os crimes e os delitos como expressões sinônimas, e, do outro, as contravenções penais. Quando quisermos nos referir indistintamente a qualquer dessas figuras, devemos utilizar a expressão infração penal. A infração penal, portanto, como gênero, refere-se de forma abrangente aos crimes/delitos e às contravenções penais como espécies.¹²

Convém mencionar que não existe diferença substancial entre os crimes e as contravenções penais, sendo que no Brasil essa diferenciação se dá apenas por razão legal, que, por política criminal, adotou como critério de discriminação entre as espécies

¹¹ São adeptos desse entendimento dentre outros, Francisco de Assis Toledo, Huiherme de Souza Nucci, Heleno Fragoso, José Henrique Pierangeli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Cezar Roberto Bittencourt, Luiz Regis Prado e Rogério Greco (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte geral. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 159).

¹² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. Volume I. 16.ª ed. São Paulo: Impetus, 2014, p. 144.

de infrações penais a natureza da pena cominada, conforme o prescrito pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto -Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941):

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

Assim, serão crimes as infrações penais que sujeitarem seus autores a penas de reclusão ou detenção e serão contravenções os ilícitos penais para os quais a pena máxima cominada for a prisão simples, consoante explana Guilherme de Souza Nucci:

O direito penal estabeleceu diferença entre crime(ou delito) e contravenção penal, espécies de infração penal. Entretanto, essa diferença não é ontológica ou essencial, situando-se, tão-somente, no campo da pena. Os crimes sujeitam seus autores a penas de reclusão ou detenção, enquanto as contravenções, no máximo, implicam em prisão simples. [...]

Alem disso, aos crimes cominam-se penas privativas de liberdade, isolada, alternativa ou cumuladamente com multa, enquanto, para as contravenções penais, admite-se a possibilidade de fixação unicamente da multa (o que não ocorre com os crimes), embora a penalidade pecuniária possa ser cominada em conjunto com a prisão simples ou esta também possa ser prevista ou aplicada de maneira isolada (art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal). [...] ¹³

Conforme conclui Rogério Greco, “*na verdade, não há diferença substancial entre contravenção e crime. O critério de escolha dos bens que devem ser protegidos pelo Direito Penal é político, da mesma forma que é política a rotulação da conduta como contravencional ou criminosa*”¹⁴.

1.1.3- sujeito ativo e passivo da infração penal

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte geral. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 163.

¹⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. Volume I. 16.ª ed. São Paulo: Impetus, 2014, p. 144.

Sujeito ativo é o autor da infração penal, aquela pessoa que pratica a conduta descrita pelo tipo penal, proibida por lei, podendo realiza-la sozinho ou em concurso com outras pessoas.

Cabe anotar que coisas e pessoas não podem ser sujeitos ativos de infrações penais, pois não possuem o elemento vontade, de forma que não praticam ações em sentido penal (que sempre exige a presença do elemento volitivo para se considerar um comportamento penalmente relevante).

Já o sujeito passivo do crime é a pessoa que tem seu bem jurídico efetivamente ou ameaçado de ser lesado pela conduta infracional. Divide-se em sujeito passivo formal (constante ou indireto), que é sempre o Estado, titular do interesse jurídico de punir; e sujeito passivo material (eventual ou direto), que é o titular do bem jurídico lesado pelo comportamento ilícito¹⁵.

A respeito, escreve Fernando Capez:

[Sujeito passivo da conduta típica]

É o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado. É o homem protegido pela lei, mesmo antes de seu nascimento, posto que é punido o aborto. A pessoa jurídica também pode ser sujeito passivo de crimes, como no caso dos crimes patrimoniais. Sujeito passivo indireto de todo crime é o Estado, pois não só o ofendido, mas a ordem pública e a paz social foram violados. No ensinamento sempre vivo de MAGALHÃES NORONHA: "O Estado é sempre sujeito passivo, em sentido genérico, já que todo crime perturba as condições de harmonia e estabilidade sociais, necessárias à consecução do bem comum, que é a sua finalidade. Será sujeito passivo direto de crimes que atentam contra sua entidade política ou administrativa" (Direito penal, São Paulo, Saraiva, 3.^a ed., 1993 p. 111). Depois da morte, o homem não pode mais ser sujeito passivo, e os crimes contra sua memória e o sentimento de respeito aos mortos têm como sujeitos passivos sua família e a sociedade.¹⁶

É de se lembrar, ainda, que inexiste a possibilidade de confusão na mesma pessoa, de ela ser sujeito ativo e passivo de uma única conduta sua, uma vez que o direito penal brasileiro, por razões de política criminal, não pune a autolesão¹⁷.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte geral. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 166.

¹⁶ CAPEZ, Fernando. Direito Penal - parte geral. 6.^a ed. São Paulo: Edições Paloma, 2000, p.84.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte geral. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 166.

1.1.4. - Objeto do crime

Objeto do crime é o bem jurídico que é atingido pela conduta criminosa, dividindo-se em dois tipos: a) objeto jurídico, que é o bem protegido pela norma pena, como por exemplo, a vida, no homicídio, e a integridade corporal, no crime de lesões corporais; b) objeto material é a pessoa ou coisa sobre as quais recai a conduta, ou seja, é o objeto da ação, não se confundindo com o objeto jurídico, sendo exemplo deste no estupro, a mulher, e no homicídio, a pessoa sobre a qual recai a ação ou omissão (não a vida, que é o bem jurídico protegido)¹⁸.

1.2- TIPICIDADE PENAL

O fato típico consiste no resultado do juízo de adequação realizado sobre um fato que se adequa ou encaixa exatamente à descrição contida no tipo penal incriminador, instituído por lei.

A exata adequação do fato concreto praticado pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal dá ensejo à tipicidade formal ou legal, ressaltando-se que tal adequação deve ser perfeita sob pena de descaracterização do fato como criminoso em vista de sua atipicidade.

Fernando Capez conceitua tipicidade como “*a subsunção, a justaposição, o enquadramento, o amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo penal)*”¹⁹.

Para os adeptos da doutrina clássica do direito penal, a tipicidade estará satisfeita com a mera subsunção do fato em concreto à descrição normativa contida no tipo penal incriminador, sendo irrelevante, para fins de aferição de tipicidade, a aferição sobre a existência e grau de lesividade daquela conduta para o bem jurídico tutelado, especificamente naquele caso concreto.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. Direito Penal - parte geral. 6.^a ed. São Paulo: Edições Paloma, 2000, p.84.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. Direito Penal - parte geral. 6.^a ed. São Paulo: Edições Paloma, 2000, p.84.

Ou seja, em outras palavras, a tipicidade penal se satisfaz com a mera tipicidade formal ou legal, sendo irrelevante se a conduta foi matéria ou essencialmente lesiva no caso concreto.

Ainda para tais doutrinadores, o juízo sobre o caráter criminoso acerca do fato em análise ocorre em uma primeira etapa na qual se verifica a exata adequação ou subsunção daquele fato à norma penal incriminadora, sendo que na hipótese desta restar confirmada, haverá a caracterização daquele fato como um fato típico penal.

Após, passa-se ao exame negativo acerca da inexistência no caso de alguma hipótese excludente da antijuridicidade, tais como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal ou outras excludente deste gênero, sendo que se não estiver presente qualquer dessas causas que afasta a antijuridicidade do fato típico o segundo elemento característico do conceito de crime estará configurado.

Por fim, como terceira etapa desta análise, afere-se a existência de ciência ou potencial ciência da reprovabilidade da conduta praticada por parte do autor ou agente, sendo que nos casos em que este juízo de reprovabilidade por parte do autor for constatado estar-se-á presente a culpabilidade no fato típico e antijurídico, de forma que restará caracterizado o crime, sujeitado, assim, o a agente às penas previstas em lei como reprovação aos fatos criminosos.

Modernamente, alguns doutrinadores defendem um entendimento mais avançado sobre a concepção de tipicidade penal, atribuindo-lhe um sentido mais elástico, de maneira que já no juízo que se faz acerca da adequação da conduta concreta ao modelo normativo descrito na norma penal incriminadora abstrata, se faça a ponderação sobre eventuais justificativas excludentes da antijuridicidade daquele fato, de forma que sequer possa ser considerado típico, caso haja a presença de algumas destas circunstâncias, poupando-se assim, que se passe à segunda etapa de aferição do caráter criminoso do fato, pois ao final desta primeira etapa, já se concluiria pela atipicidade do fato.

Por outro lado, a tipicidade somente estaria caracterizada quando além da adequação formal exata à descrição normativa prevista no tipo penal houvesse a constatação de inexistir, em todo o ordenamento jurídico, considerado de forma global, alguma outra norma que autorizasse ou permitisse a prática da conduta realizada pelo autor, com o que evita-se antinomias internas ou incompatibilidade no sistema jurídico. A este juízo de tipicidade dá-se a designação de *tipicidade conglobante*.

Esta concepção sobre a tipicidade penal, nas palavras de Rogério Greco, “surge quando comprovado no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade penal)”²⁰.

Zaffaroni e Pierangeli, citados por Rogério Greco, ensinam que a idéia de tipicidade conglobante decorre da idéia de que incompatibilidades normativas dentro do mesmo sistema jurídico são irrazoáveis e ilógicas, inexistindo possibilidade racional de se admitir que dentro de um sistema normativo uma norma proíba conduta que outra norma, igualmente válida e eficaz, imponha ou fomente. Argumentam os mencionados autores:

A lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta. Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, como sucede com o do oficial de justiça, e, no entanto, quando penetramos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se justifica ao tipo legal não pode estar proibida, porque a própria ordem normativa a ordena e a incentiva.²¹

Assim, e acordo com a concepção da tipicidade conglobante, a antinomia aparente existente dentro do ordenamento jurídico deve ser solucionada por este próprio, sendo que tal solução integra o processo lógico-cognitivo de juízo para aferição da tipicidade.

Por outro lado, é importante destacar que a principal consequência da adoção desta concepção de tipicidade (conglobante) está em se considerar casos que hoje são tratados por ocasião da verificação da antijuridicidade, como resolvidos já no estudo do primeiro dos elementos da infração penal, qual seja, da tipicidade, resultado que estes fatos ou serão típicos (caso inexistir qualquer norma que autorize a conduta) ou atípicos desde logo (se houver alguma circunstância que permita a prática da conduta analisada). Nesse mesmo sentido, sintetiza Lídia Losi Daher Zacharyas:

Assim, através da tipicidade conglobante, aquelas situações consideradas típicas, porém lícitas, isto é, enquadráveis nas excludentes de licitude, deveriam ser consideradas atípicas, pela falta de tipicidade conglobante, haja

²⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. Volume I. 16.^a ed. São Paulo: Impetus, 2014, p. 165.

²¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. Volume I. 16.^a ed. São Paulo: Impetus, 2014, p. 165.

vista que um fato que aparentemente viola uma norma penal incriminadora ou proibitiva, não deve ser permitido, tampouco incentivado por outra norma.²²

Sob um outro prisma, a tipicidade penal desfruta de uma concepção *material*, de maneira que somente seriam típicas condutas penais que efetiva ou concretamente lesassem o bem jurídico tutelado pela norma penal, conforme anota Lídia Losi Daher Zacharyas:

A concepção material da tipicidade consiste na exigência de a conduta típica ser concretamente lesiva ao bem jurídico tutelado, em razão do conteúdo valorativo do tipo penal, traduzido em verdadeiro modelo de conduta proibida, o qual não é apenas pura imagem formal, eminentemente diretiva.²³

Também Rogério Greco defende que a tipicidade penal não deve limitar-se à mera adequação formal ao tipo descrito na norma penal, defendendo que a materialmente só estará presente a tipicidade penal quando se constatar que no caso concreto o bem jurídico tutelado pelo direito penal foi efetivamente lesado pela conduta do autor. Fundamenta seu entendimento explicando que a finalidade do direito penal é a proteção dos bens mais importantes na sociedade e que o princípio da intervenção mínima é que orienta o legislado na escolha política de quais bens jurídicos resguardar à proteção do direito penal. Com efeito, expõe o citado autor:

Para concluirmos pela tipicidade penal é preciso, ainda, verificar a chamada tipicidade material. Sabemos que a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade. O princípio da intervenção mínima, que serve de norte para o legislador na escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal, assevera que nem todo e qualquer bem é passível de ser por ele protegido, mas somente aqueles que gozem de certa importância. Nessa seleção de bens, o legislador abrigou, a fim de serem tutelados pelo Direito Penal, a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, a liberdade sexual etc. Embora tenha feito a seleção dos bens que, por meio de um critério político, reputou como os de maior importância, não podia o legislador, quando da elaboração dos tipos penais incriminadores, descer a detalhes, cabendo ao interprete delimitar o âmbito de sua abrangência. [...] Em virtude do conceito de tipicidade material, excluem-se dos tipos penais aqueles fatos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm aplicação o princípio da insignificância.

²² ZACHARYAS, Lídia Losi Daher. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Disponível em: [file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20(2).pdf). Acesso em jul 2014, p 259.

²³ ZACHARYAS, Lídia Losi Daher. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Disponível em: [file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20(2).pdf). Acesso em jul 2014, p 249.

Assim, pelo critério da tipicidade material é que se afere a importância do bem no caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal.²⁴

Como exposto acima, para os doutrinadores adeptos da concepção material da tipicidade, o fato somente será considerado como típico se ocorrer sua exata subsunção à descrição normativa penal (tipicidade formal ou penal), e, cumulativamente, o ofensa ao bem jurídico tutelado for juridicamente relevante naquele caso concreto (tipicidade material). Este entendimento encontra ressonância na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se observa do trecho de acórdão proferido no HC 192534/SP, abaixo transcrito:

Como cediço, por imperativo do princípio da legalidade, somente a adequação total da conduta do agente ao tipo penal incriminador faz surgir a tipicidade formal ou legal. No entanto, esse conceito não é suficiente para a concretude da tipicidade penal, uma vez que essa deve ser analisada também sob a perspectiva de seu caráter material, tendo como base a realidade em que a sociedade vive, de sorte a impedir que a atuação estatal se dê além do reclamado pelo interesse público.²⁵

Portanto, em síntese, pode-se afirmar que o poder legislativo descreve por meio de leis as condutas que são desvaloradas pela sociedade, por serem potencialmente lesivas aos bens jurídicos mais importantes, criando os tipos penais.

Quando os indivíduos praticam em concreto fatos que se amoldam aos tipos penais, surgem os fatos penais, que devem se sujeitar ao juízo de valoração a fim de se aferir a exata compatibilidade de tais fatos às descrições normativas prevista pelo direito penal.

Em caso inexistir a subsunção entre o fato concreto e a descrição normativa, o fato será atípico, sendo descaracterizado de plano como fato criminoso. Caso haja a adequação perfeita, ocorrerá a tipicidade material.

Para a doutrina clássica do direito penal, a tipicidade penal estará completa com a mera tipicidade formal, independente de aquela conduta efetivamente lesar o bem jurídico tutelado.

²⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. Volume I. 16.ª ed. São Paulo: Impetus, 2014, p. 167-168.

²⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 192534/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, Julgamento em: 07/04/2011, Publicado no DJ de 13/04/2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 de jul de 2014.

Porém, para outros autores, a tipicidade, além de formal, deve ser material, entendendo-se como tal aquela em que o bem jurídico tutelado é concretamente lesado pela conduta infracional penal, sendo que para estes somente existirá fato típico se o mesmo for formal e materialmente típico, de maneira que condutas descritas como fatos típicos, mas que não ofendam os bens jurídicos tutelados de forma relevante devem ser considerados fatos atípicos.

Capítulo 2: DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS RELACIONADOS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA

No presente capítulo do trabalho, serão analisados os fundamentos jurídico-normativos que dão o embasamento teórico para a argumentação em prol do princípio da insignificância ou bagatela, além de pautarem sua aplicação prática.

Tais fundamentos jurídico-normativos são os princípios jurídicos da proporcionalidade, da intervenção mínima, da fragmentalidade e da adequação social.

Como tratam-se de uma específica espécie normativa, será feita uma breve exposição sobre os princípios enquanto normas.

2.1 - PRINCÍPIOS JURÍDICOS: DEFINIÇÃO

Humberto Ávila apresenta o seguinte conceito de princípios:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁶

Neste contexto, encarados como um estado ideal de coisas que deve ser promovido, os princípios estabelecem o dever de se adotar comportamentos necessários ao fim desejado. Tais comportamentos *“passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza”*²⁷.

Com efeito, embora os princípios sejam indeterminados quanto ao seu conteúdo, ou apenas dotados de um pequeno grau de determinabilidade, no que se refere à sua espécie, denota-se não haver tal característica, sendo cabível o que for necessário para atingir os fins preestabelecidos.

Também merece destaque os estudos apontados por Luís Roberto Barroso em sua obra Curso de Direito Constitucional Contemporâneo²⁸, na qual, valendo-se da lição de Karl Larenz a fim de conceituar os princípios, separa-os em duas categorias: *“os da*

²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78-79.

²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 80.

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 272.

primeira categoria, desprovidos do caráter de norma, são princípios ‘abertos’ [...], ao passo que os segundos se apresentam como ‘princípios normativos’”.

No plano da primeira categoria, os chamados de *princípios abertos* apenas manifestam-se como premissas jurídicas norteadoras ou simplesmente como informativos que se corporificam no ordenamento jurídico (por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, o Estado de Direito, o Estado social, a democracia e a separação dos Poderes). No plano da segunda categoria, os mencionados *princípios normativos* são considerados verdadeiras *lex* (normas propriamente ditas), e não simplesmente diretrizes teóricas. Assim, dotados de normatividade, os princípios não são simples declarações descritivas: eles irradiam efetivamente o que deve ser e o que é permitido.

Mais além, sob a égide das Constituições contemporâneas, Luís Roberto Barroso observa que os princípios “*aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais e legitimidade dos preceitos da ordem constitucional*”²⁹.

Para melhor compreensão, seguem os ensinamentos do autor acerca dos princípios:

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Posto no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de normas das normas, de fontes das fontes. São qualificativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição³⁰.

Depreende-se desses ensinamentos que os princípios, quando incorporados à Constituição, representam a chave para compreensão dos textos constitucionais, visto que se consubstanciam em fonte primária do ordenamento, adquirindo o mais alto grau de normatividade.

2.2 – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva. 2009, 289.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva. 2009, 294.

2.2.1 - Expressões sinônimas no direito brasileiro

Embora os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade tenham surgido como mecanismos materialmente diversos, o primeiro emanado da doutrina norte americana e o segundo da doutrina alemã, no Brasil são largamente adotados como sinônimos.

Para corroborar essa assertiva, cumpre trazer à baila a didática doutrina de Maria Sylvia Zanela Di Pietro, citada por Paulo Magalhães da Costa Coelho:

Pelo tratamento dado à matéria, verifica-se que alguns autores, mais influenciados pela jurisprudência norte-americana, ligam o princípio da razoabilidade ao do devido processo legal e ao da isonomia; é o caso, como se verá, de San Tiago Dantas, Ada Pellegrini Grinover, Carlos Roberto de Siqueira Castro. Outros seguem mais a linha do direito francês, espanhol e argentino e identificam a razoabilidade com o princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins; é o caso de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo. Ver-se-á, embora a linha de raciocínio possa ser um pouco diversa, o resultado final é o mesmo, pois o que se quer é que haja compatibilidade, relação, proporção entre as medidas impostas pelo Legislativo ou Executivo e os fins objetivos, de forma implícita ou explícita, pela Constituição ou pela lei. Há que se observar, contudo, que quando se associa a razoabilidade ao devido processo legal, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade na função legislativa; e quando se associa a razoabilidade com a proporcionalidade dos meios aos fins, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade administrativa.³¹

Entretanto, apenas para fins didáticos, é importante anotar que mesmo que haja estreita relação entre tais princípios, há diferenças entre eles, no que tange, principalmente, à **origem histórica** (como mencionado, a razoabilidade surgiu no direito americano ao passo que a proporcionalidade surgiu do direito alemão); à **estrutura** (a razoabilidade é aplicada na esteira do que seria racional ou equilibrado em uma dada circunstância, e, portanto, dotada de estrutura mais subjetiva; já para a proporcionalidade, frente à clareza dos seus elementos a serem aplicados no caso concreto, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é dotado de uma estrutura mais objetiva); à **abrangência na aplicação** (a razoabilidade teria por escopo apenas impedir aqueles atos que transgridam o senso comum, enquanto

³¹ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de direito administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 249-250.

que a proporcionalidade deve servir de eixo à prática de determinado ato, devendo-se, inclusive, estar presente a razoabilidade).

Não obstante as diferenças acima apontadas, no presente trabalho ambas as expressões são tratadas como sinônimas, identificando a mesma norma principiológica da Constituição - *princípio da razoabilidade ou proporcionalidade* -, sendo considerada parâmetro ou paradigma para aferição de (in)constitucionalidades materiais dos atos normativos.

2.2.2 - Previsão normativa

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não estão *expressos* no texto constitucional, no entanto, encontram amparo jurídico no comando normativo emanado do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*”

Os defensores do posicionamento que admite tais princípios no ordenamento jurídico pátrio pregam que, além de decorrerem dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, a positivação de ambos deflue ainda do conceito devido processo legal (também conhecido como *due process of law*) como forma de controle estatal, já que se for caracterizado *in concreto* patente desvirtuamento nas decisões tomadas pela Administração Pública a conduta será considerada totalmente inadequada aos fins perseguidos, concretizando manifesta arbitrariedade.

Trata-se do *devido processo legal em sentido material*, ou devido processo legal substantivo, que basicamente diz respeito à limitação do Poder Público, e estaria positivado no inciso LIV do art. 5.º da Constituição Federal brasileira.

Assim, o princípio do *substantive due process of law*, estruturado pelos fundamentos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, possibilita que se faça o controle de legalidade acerca de dado ato estatal, excluindo-o caso não se depreenda total compatibilidade com os limites delineados na Constituição Federal.

Paulo Bonavides comenta esse controle de constitucionalidade realizado no moldes do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um mesmo fenômeno:

[...] o juiz, ao contrário do legislador, atua por um certo prisma num espaço mais livre, fazendo, como lhe cumpre, o exame e controle de aplicação das normas; espaço aberto em grande parte também – sobretudo em matéria de justiça constitucional – pelo uso das noções de conformidade e compatibilidade. Esta última, deveras aberta e maleável, é por isso mesmo mais apta a inserir, enquanto método interpretativo de apoio, o princípio constitucional da proporcionalidade.³²

E, ao tratar desse fenômeno como guarda eficaz dos direitos fundamentais, o autor segue afirmando que “*aqui o princípio da proporcionalidade ocupa seu lugar primordial. Não é sem fundamento, pois, que ele foi consagrado por princípio ou máxima constitucional*”³³.

Não obstante isso, indispensável evidenciar-se a presença da divisão de acepções ou aspectos do mencionado *princípio do devido processo legal*, o qual subdivide-se, abrangendo também o *devido processo legal procedimental*, ou *devido processo formal*, que estabelece a necessária observância de todas as exigências garantidoras dos direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional. Nas palavras de Fredie Didier Jr., “*o devido processo legal em sentido formal é, basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio*”³⁴.

Como mecanismos de regulamentação do devido processo legal procedimental, eclodem as seguintes garantias constitucionais: garantia do contraditório e da ampla defesa; da inafastabilidade do controle jurisdicional; da isonomia; da motivação das decisões judiciais; da vedação das provas ilícitas; da publicidade e da razoável duração do processo.

2.2.3 - Subprincípios ou elementos

Independente da divisão doutrinária acerca das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade, o critério da proporcionalidade em sentido amplo, que traz intrínseco o próprio princípio da razoabilidade, abarca três indispensáveis elementos ou

³² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. 22.^a ed. 2008, p. 400.

³³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. 22.^a ed. 2008, p. 400.

³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – volume 1. Salvador: Jus Podivm, 7.^a ed. 2007, p. 37.

subprincípios amplamente adotados na doutrina e jurisprudência, sendo eles: **a) a pertinência ou aptidão; b) a necessidade ou exigibilidade da conduta adotada e c) a proporcionalidade em sentido estrito.**

2.3 – PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Também designado de princípio da *subsidiariedade*, o *princípio da intervenção mínima* apresenta como conteúdo normativo a observância de se restringir o máximo possível a intervenção estatal nas relações sociais, utilizando com instrumental de controle social o direito penal, com suas normas jurídicas incriminadoras e com a aplicação de penas como formas de sanção.

Isto se dá em razão de o direito penal interferir diretamente na liberdade de locomoção dos indivíduos, sendo esta espécie de liberdade uma das mais sensíveis aos homens, e sem a qual o indivíduo tem afetada a sua dignidade enquanto ser humano.

Há que se anotar que o direito penal tem caráter subsidiário aos demais ramos do Direito, somente sendo chamado à atuação naquelas situações em que as sanções de outros ramos jurídicos se mostrarem ineficientes para inibir e reprimir condutas ilícitas que violem o bem jurídico tutelado por aquele ramo do direito.

Desta forma, e exemplificando, apenas quando houve a constatação pela sociedade e pelos aplicadores do direito de que as sanções meramente trabalhistas se tornaram ineficazes para inibir a conduta ilícita dos empregadores que, na condição jurídica de responsáveis tributários, descontavam de seus empregados a contribuição social devida por estes e não a recolhia aos cofres da autarquia previdenciária, apropriando-se ilicitamente destas quantias, é que se editou a Lei n.º 9.983/2000, acrescentando o art. 168-A ao Código Penal brasileiro³⁵, instituindo o crime de apropriação indébita previdenciária.

Somente depois de exauridas as medidas jurídicas extra penais, restando estas infrutífera para a proteção do bem jurídico tutelado, é que o Estado estará legitimado à utilizar-se do aparato jurídico próprio do direito penal, pois então, a previsão da conduta

³⁵ **Apropriação Indébita Previdenciária**

Art. 168-A - Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Acrescentado pela L-009.983-2000)
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

infração como criminosa e a cominação e efetiva aplicação das penas serão medidas úteis, necessárias e proporcionais (desde que haja uma correspondência razoável entre o desvalor do comportamento humano vedado e a quantidade e natureza da pena cominada e aplicada ao fato criminoso).

Nesse mesmo sentido expõe Lídia Losi Daher Zacharyas:

Por sua vez, a noção de intervenção mínima, que se consolidou com o advento da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, consiste na abstenção do Direito Penal quando for possível atingir a eficácia e o objetivo da norma de maneira menos gravosa, sendo aplicado apenas, como *ultima ratio*.

[...]

Possui como corolário indescutível, a característica (ou Princípio) da Subsidiariedade, o qual pressupõe que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade. O Direito Penal deve intervir, pois, apenas quando os outros ramos do Direito, bem como os controles formais e sociais, tenham perdido a eficácia, não sendo, assim, capazes de tutelar adequadamente o bem jurídico.³⁶

De outra feita, com fundamento neste princípio jurídico, o Direito penal não é cabível para reprimir condutas que não causem lesões efetivas ao bem juridicamente tutelado, como expressamente manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, no HC 96376/PR (com julgamento em 31/08/2010):

EMENTA: Habeas Corpus. Descaminho. Imposto não pago na importação de mercadorias. Irrelevância administrativa da conduta. Parâmetro: art. 20 da Lei nº 10.522/02. Incidência do princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Ordem concedida.

A importação de mercadoria, iludindo o pagamento do imposto em valor inferior ao definido no art. 20 da Lei nº 10.522/02, consubstancia conduta atípica, dada a incidência do princípio da insignificância. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente (R\$ 189,06) é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos congêneres em seu desfavor.

Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal.

Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

Precedentes. Ordem concedida para o trancamento da ação penal de origem. (grifo nosso).

³⁶ZACHARYAS, Lídia Losi Daher. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Disponível em: file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20(2).pdf. Acesso em jul 2014, p. 247-248.

A subsidiariedade do direito penal acima explicitada é resumida no princípio de que a sanção do direito penal é a *ultima ratio extrema*, no sentido que sua aplicação somente é admitida em último caso, e o poder punitivo do Estado, que sacrifica a liberdade individual, somente será justo e adequado enquanto visar defender a harmoniosa coexistência dos indivíduos que integram a sociedade, conforme afirma o criminologista Alessandro Baratta:

A base da justiça humana é, para Beccaria, a utilidade comum: mas a ideia da utilidade comum emerge da necessidade de manter unidos os interesses particulares, superando a colisão e oposição entre eles, que caracteriza o hipotético estado de natureza. O contrato social está na base da autoridade do Estado e das leis; sua função, que deriva da necessidade de defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil, constitui também o limite lógico de todo legítimo sacrifício da liberdade individual mediante a ação do Estado, e, em particular, do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado.

Foi pois a necessidade que constringeu a ceder parte da própria liberdade; é certo que ninguém quer colocar senão a menor porção possível dela em depósito público, só o suficiente para induzir os demais a defendê-lo. A soma destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça, é fato e não direito. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da saúde pública são injustas por sua natureza; e tanto mais injustas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá a seus súditos.³⁷

Por fim, cabe anotar que é possível buscar a fundamentação do princípio da intervenção mínima na Constituição Federal, que em seu art. 5.º proclama que são invioláveis o direito à liberdade, à vida, à segurança e à propriedade, e em seu art. 1.º, inciso III, consagra como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, de maneira que somente se admite juridicamente a restrição ou privação desses direitos elencados no art. 5.º, na proporção em que forem necessários à promoção da segurança da coletividade e da paz social.

2.4 – PRINCÍPIO DA FRAGMENTALIDADE

Este princípio é decorrente do princípio da intervenção mínima, uma vez que o direito penal deve ser encarado e estudado como um fragmento do ordenamento jurídico, afeto à regulação das relações jurídicas que demandem uma proteção jurídica

³⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 6.ª ed. São Paulo: Revan, 2011, p. 33.

suplementar ao bem jurídico tutelado, com a previsão de normas penais incriminadoras e a cominação de sanções penais aos seus infratores, conforme expõe Lídia Losi Daher Zacharyas:

De outro lado, pode-se dizer que referido Princípio tem como ponto de partida a característica (ou Princípio) da Fragmentalidade, uma vez que o Direito Penal apenas protege de violações os bens jurídicos mais importantes e, dentre estes, intervém somente nos casos de maior atenção, representados pela maior danosidade social.³⁸

No mesmo sentido explana Rogério Greco:

A fragmentalidade é, como foi dito, uma conseqüência da adoção dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, que serviram para orientar o legislador no processo de criação dos tipos penais. Depois da escolha das condutas que serão reprimidas, a fim de proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, uma vez criado o tipo penal, aquele bem por ele protegido passará a fazer parte do pequeno mundo do Direito Penal. A fragmentariedade, portanto, é a concretização da adoção dos mencionados princípios, analisados no plano abstrato anteriormente à criação da figura típica.³⁹

Aliado ao caráter subsidiário do direito penal, a fragmentalidade deste ramo jurídico determina que o direito criminal somente se ocupará e se preocupará com uma reduzida gama de situações jurídicas, conferido sua maior proteção àqueles bens jurídicos sujeitos às mais graves lesões contra as quais os demais ramos do direito foram ineficientes em sua proteção.

Nesse sentido, é pertinente a lição de Muñoz Conde, transcrita por Rogério Greco:

[...] nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal, repito, mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter 'fragmentário', pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância.⁴⁰

³⁸ ZACHARYAS, Lídia Losi Daher. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Disponível em: [file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20(2).pdf). Acesso em jul 2014, p. 248.

³⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. Volume I. 16.^a ed. São Paulo: Impetus, 2014, p. 64.

⁴⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. Volume I. 16.^a ed. São Paulo: Impetus, 2014, p. 63.

Se o direito penal deve proteger apenas os bens jurídicos mais relevantes em todas as áreas de conhecimento, verifica-se que o mesmo possui o caráter fragmentário, no sentido de que não possui um objeto único de proteção jurídica, mas sim diversos bens jurídicos dispersos pelos diferentes ramos do direito, conforme

2.5 – PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O princípio da adequação social da conduta prescreve que, mesmo que o comportamento do indivíduo se adequar à descrição abstrata constante do tipo penal incriminador (ou seja, se ocorrer a tipicidade formal), se este comportamento estiver adequado aos preceitos social e juridicamente aceitos, harmonizando-se com a realidade social idealizada pela norma penal, não há plausibilidade na intervenção repressiva do direito penal em face daquele autor.

Na realidade, o princípio em questão explicita o entendimento daqueles que exigem para a configuração da tipicidade a lesividade efetiva da conduta ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, de maneira que sem a tipicidade material a conduta é um fato atípico.

A respeito, comenta Guilherme de Souza Nucci:

Com relação à adequação social, pode-se sustentar que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não seja causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado. É o caso da colocação do brinco, algo tradicionalmente aceito, como meta de embelezamento, embora se possa cuidar de lesão à integridade física.

Parece-nos que a adequação social é, sem dúvida, motivo para exclusão da tipicidade, justamente porque a conduta consensualmente aceita pela sociedade não se ajusta ao modelo legal incriminador, tendo em vista que este possui, como finalidade precípua, proibir condutas que firam bens jurídicos tutelados. Ora, se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal.⁴¹

Portanto, quando a conduta, em que pese ser formalmente típica, for socialmente adequada, não representando qualquer ameaça ou lesão ao bem jurídico tutelado, incide o princípio da adequação social, excluindo a incidência da norma penal no caso concreto.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte geral. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 215.

Capítulo 3: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 – DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA

Segundo a teoria clássica do direito penal, a tipicidade penal exige para sua configuração tão somente a adequação formal do fato concreto ao tipo descrito na norma penal incriminadora, sem valorar a lesividade desta conduta para o bem jurídico tutelado, eis que o sistema pressupõe que esta valoração fora realizada pelo legislador por ocasião da elaboração da norma penal.

Em que pese essa sistematização ser adequada e eficaz para grande maioria dos casos de aplicação das normas penais, existem situações nas quais a aplicação pura e simples da norma penal gerará grande injustiça, aplicando-se uma sanção demasiadamente enérgica e, por consequência, desproporcional, para a conduta praticada.

O princípio da insignificância ou bagatela foi desenvolvido justamente para permitir a aplicação mais justa da norma penal, exigindo-se a valoração, no caso concreto, da lesividade da conduta praticada em comparação com o bem jurídico que esta norma visa tutelar, como observa Rogério Greco:

[...] Obviamente que nem todos os tipos penais permitem a aplicação do princípio, a exemplo do que ocorre com o delito de homicídio. No entanto, existem infrações penais em que a sua aplicação [do princípio da insignificância] afastará a injustiça do caso concreto, pois a condenação do agente, simplesmente pela adequação formal do seu comportamento a determinado tipo penal, importará em gritante aberração.⁴²

A recente introdução do princípio da insignificância no direito penal é atribuída ao autor Claus Roxin, que, no ano de 1964, formulou-o a partir de considerações sobre o brocardo latino *minima non curat praetor* (que em tradução livre significa o “pretor/juiz/Estado não cuida de coisas pequenas”).

Esta formulação teórica justifica-se na medida em que o bem juridicamente protegido pelo direito deve ser relevante, afastando-se da proteção do direito penal

⁴² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. Volume I. 16.^a ed. São Paulo: Impetus, 2014, p. 69.

aqueles considerados inexpressivos, e que não oferecem qualquer risco ao bem jurídico protegido, tampouco é passível de provocar a conturbação social.

A respeito, é bem elucidativa a lição de Carlos Vico Mañas, reproduzida por Rogério Greco:

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 político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.⁴³

Quanto ao conceito do princípio da insignificância, encontram-se na doutrina diversas conceituações.

Diomar Ackel Filho entende que o “princípio da insignificância pode ser entendido como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovida de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exsurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta juízo de censura penal.”⁴⁴

Para Carlos Vico Mañas, “princípio da insignificância é instrumento de interpretação restritiva, baseado na concepção material do tipo penal, através 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 comportamentos que, apesar de formalmente típicas, não ferem de forma socialmente relevante os bens juridicamente protegidos pelo Direito Penal”.⁴⁵

Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos de Molina, citados por Lídia Losi Daher Zacharyas definem o referido princípio, afirmando que

[o princípio da insignificância] é o que permite processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a justiça esteja mais desafogada, ou bem menos assoberbada, senão permitindo também que fatos nímios não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. Do

⁴³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. Volume I. 16.^a ed. São Paulo: Impetus, 2014, p. 69.

⁴⁴ ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no Direito Penal. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 1988. p.73.

⁴⁵ MAÑAS, Carlo Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81.

mesmo modo, abre a porta para uma revalorização do delito constitucional e contribui para que se imponham penas a fatos que merecem ser castigados por seu alto conteúdo criminal, facilitando as reduções dos níveis de impunidade. Aplicando-se este princípio a fatos nímios se fortalece a função da Administração da Justiça, porquanto deixa de atender fatos nímios para cumprir seu verdadeiro papel. Não é um princípio de direito processual, senão de Direito penal.⁴⁶

De todas as conceituações acima transcritas, pode-se inferir que o princípio da insignificância tem a finalidade de servir de instrumento de interpretação ao aplicado do direito penal, a fim de possibilitar a este a correta e justa valoração do fato em análise, em um caso concreto, para, a partir de uma operação mental sistematizada e lógica, poder separar dentre os fatos que se subsumam à descrição da norma penal incriminadora, aqueles que efetivamente lesionam o bem jurídico tutelado daquelas que são irrelevantes ou inexpressivas em termos de potencialidade lesiva, excluindo do âmbito de incidência da lei penal àquelas situações fáticas consideradas como de bagatela.

Cabe anotar que o princípio da insignificância sofre críticas no sentido de que seria muito subjetivo o critério para que se possa concluir se a ofensa ao bem jurídico tutelado é insignificante, inexpressiva ou não, argumento ao qual os defensores da aplicação deste princípio respondem que o mesmo deve ser aplicado segundo a *razoabilidade e proporcionalidade*⁴⁷.

3.2 - PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Não existe no direito penal brasileiro, seja no Código Penal seja nas leis especiais, dispositivo legal que institua de *forma expressa* o princípio da insignificância. Tampouco se encontra no corpo do texto constitucional dispositivo que positive expressamente referido princípio.

Da mesma forma, inexistem conceituações legais ou requisitos previstos em lei para balizar os critérios de sua aplicação, cabendo à doutrina e à jurisprudência determinarem

⁴⁶ ZACHARYAS, Lídia Losi Daher. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Disponível em: [file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20(2).pdf). Acesso em jul 2014, p. 248.

⁴⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. Volume I. 16.^a ed. São Paulo: Impetus, 2014, p. 68.

as balizas normativas necessárias à aplicação prática do referido princípio, conforme explica Maurício Lopes:

Nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o acolhe, formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que permitem limites para a interpretação constitucional e das leis em geral. [...]. O Princípio da Insignificância origina-se da elaboração exclusivamente doutrinária e jurisprudencial, o que faz justificar estas como autênticas fontes do Direito.⁴⁸

Em que pese a ausência de previsão expressa, o princípio da insignificância integra o ordenamento jurídico brasileiro, consubstanciando-se em princípio implícito do direito penal pátrio, com fundamento na interpretação sistemática dos princípios constitucionais da razoabilidade ou proporcionalidade, da legalidade penal e da dignidade da pessoa humana, na medida em que este último fundamenta o princípio penal da mínima intervenção.

Corroborando essa afirmação, Lídia Losi Daher Zacharyas escreve

Destarte, a despeito da ausência de previsão legal no Código Penal brasileiro, tal princípio pode ser reconhecido no sistema penal constitucional pela complementação natural, através de procedimentos de interpretação/concretização entre o Princípio da Legalidade penal e os demais princípios penais expressos.⁴⁹

No mesmo sentido, Júlio Fabrini Mirabete defende que a exclusão da tipicidade penal pelo princípio da insignificância ou bagatela, apesar de não dispor de previsão literal em texto legal, vem sendo admitida pela doutrina e jurisprudência, por analogia ou interpretação interativa, desde que não implique em resultado interpretativo *contra legem*⁵⁰.

3.3 - NATUREZA JURÍDICA: EXCLUDENTE DE TIPICIDADE

⁴⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2º ed. São Paulo: RT, 2000, p.45.

⁴⁹ ZACHARYAS, Lídia Losi Daher. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Disponível em: file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20(2).pdf. Acesso em jul 2014, p. 259.

⁵⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal – parte geral – volume 1. 24.ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 107.

De acordo com o exposto retro, a incidência do princípio da insignificância no caso concreto tem sua hipótese de aplicação nas situações em que, embora o agente tenha praticado uma conduta que formalmente se adequa à hipótese normativa descrita na norma penal incriminadora, verificar-se que não houve lesão significativa ao bem jurídico protegido pela norma.

Em tal situação, segundo o apregoado pelo princípio da insignificância, o juízo de adequação do fato à norma penal - tipicidade - deve ser feito em duas etapas, sendo a primeira com o objetivo de se aferir a tipicidade formal do fato, e, caso seja positiva esta, a segunda etapa irá realizar o juízo acerca da tipicidade material do fato, que será inexistente, uma vez que não houve lesão ao bem jurídico tutelado, de forma que o fato será considerado atípico.

Incidindo o princípio da insignificância sobre o juízo de tipicidade material do fato, de forma a descaracterizar o tipo penal pela ausência da concomitância entre a tipicidade formal e a material, forçoso é o reconhecimento de que o princípio em estudo tem a natureza jurídica de causa excludente da tipicidade penal.

Esse é o entendimento majoritário da doutrina, da qual compartilham, por exemplo, Francisco de Assis Toledo, Diomar Ackel e Odone Sanguiné⁵¹, sendo o mesmo adotado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se constata da leitura da ementa abaixo transcrita:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ORDEM CONCEDIDA.

1. A questão de direito tratada neste writ, consoante a tese exposta pela impetrante na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base no princípio da insignificância.
2. Considero, na linha do pensamento jurisprudencial mais atualizado que, não ocorrendo ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, por ser mínima (ou nenhuma) a lesão, **há de ser reconhecida a excludente de atipicidade representada pela aplicação do princípio da insignificância. O comportamento passa a ser considerado irrelevante sob a perspectiva do Direito Penal diante da ausência de ofensa ao bem jurídico protegido.**
3. Como já analisou o Min. Celso de Mello, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP).
4. No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos

⁵¹ ZACHARYAS, Lídia Losi Daher. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Disponível em: file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20(2).pdf. Acesso em jul 2014, p. 252.

quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto.

5. Não há que se ponderar o aspecto subjetivo para a configuração do princípio da insignificância. Precedentes.

6. Habeas Corpus concedido. (grifo nosso)
(HC 102080, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/10/2010, DJe-204 DIVULG 22-10-2010 PUBLIC 25-10-2010 EMENT VOL-02421-01 PP-00162 LEXSTF v. 32, n. 383, 2010, p. 396-403)

Assim, adota-se nesse trabalho o posicionamento de considerar o princípio da insignificância como causa de exclusão da tipicidade material do fato, resultando na atipicidade do mesmo.

3.4 - O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Conforme restou afirmado nas passagens acima, os Tribunais Superiores admitem de forma pacífica a presença do princípio da insignificância como princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro, conferindo-lhe aplicação reiterada em seus julgados.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal atribui ao princípio a natureza jurídica de causa excludente da tipicidade penal em seu sentido material, além de estabelecer, via construção jurisprudencial, os critérios ou balizas para a aplicação da norma a casos concretos submetidos a julgamento perante os órgãos do Poder Judiciário.

3.5 - REQUISITOS AUTORIZADORES PARA APLICAÇÃO OU INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A ausência de positivação expressa do princípio da insignificância, apesar de não inviabilizar sua aplicação, causou algumas complicações de ordem pragmática, na medida em que não haviam requisitos a serem preenchidos para autorizar ou afastar a aplicação da norma nos casos concretos.

Porém, tais óbices foram superados com a criação doutrinária e jurisprudencial de critérios de aplicação dos princípios da insignificância.

Neste ponto cabe observar que tais critérios não são vinculantes, mas tão somente orientações de ordem prática. Além disso, a aplicação do princípio da insignificância depende das circunstâncias do caso concreto.

Na doutrina, propõe-se utilizar como critério de aferição da incidência do princípio da insignificância, do *desvalor da ação*, quando a conduta praticada não tem potencialidade de lesar o bem jurídico tutelado. Utiliza-se, também, o desvalor do resultado, quando é o resultado da conduta que não ofereceu lesividade ao bem jurídico protegido, conforme expõe Karla Daniele Moraes Ribeiro, embasada na lição de Ivan da Silva:

Conforme ensinamentos extraídos da obra de Ivan da Silva, para se reconhecer a conduta típica penalmente insignificante deve ser observado o modelo clássico de determinação, pelo qual se realiza “uma avaliação dos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta praticada, como fito de se determinar o grau quantitativo-qualitativo da lesividade em relação ao bem jurídico atacado”. Desta forma, para o referido autor “é a avaliação da concretização dos elementos da conduta praticada que indicará o que é significativo ou insignificante, fazendo incidir ou não o Direito Penal”.⁵²

Na jurisprudência, a Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso paradigmático do HC 84412/SP, estabeleceu aos critérios de aplicação do princípio da insignificância, nos seguintes termos:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPCIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DÉLITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPCIDADE PENAL.

O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a **mínima ofensividade da conduta do agente**, (b) a **nenhuma periculosidade social**

⁵² RIBEIRO, Karla Daniele Moraes. Aplicação do princípio da insignificância. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10823&revista_caderno=3>. Acesso em jul 2014.

da ação, (c) o **reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a **relevantíssima circunstância** de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (grifo nosso) (HC 84412, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963)

Portanto, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os critérios para verificação da aplicabilidade do princípio da insignificância no caso concreto são:

- a) ausência de periculosidade social da ação;
- b) mínima idoneidade ofensiva da conduta;
- c) falta de reprovabilidade da conduta;
- d) inexpressividade da lesão jurídica causada.

Também é importante destacar que sempre a verificação da aplicabilidade do referido princípio se dará em casos concretos, quando serão consideradas todas as circunstâncias que envolvem o caso, a fim de se buscar a decisão mais justa possível, como consignado por Karla Daniele Moraes Ribeiro:

Sendo assim, a ameaça de lesão ou a lesão provocada ao bem jurídico tutelado não deve ser analisada apenas abstratamente em um tipo penal, porquanto a aplicação ou não do Princípio da Insignificância deve ser feita de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, de acordo com suas peculiaridades do caso, e não no plano abstrato.⁵³

⁵³ RIBEIRO, Karla Daniele Moraes. Aplicação do princípio da insignificância. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10823&revista_caderno=3>. Acesso em jul 2014.

Os critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal são amplamente aceitos pela doutrina e pelos demais tribunais, citando-se, a título exemplificativo, as seguintes manifestações do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. MODUS OPERANDI. ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a configuração do delito de bagatela devem estar presentes, de forma concomitante, os seguintes requisitos: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e, d) lesão jurídica inexpressiva. Precedentes do STF e do STJ.

2. A tentativa de furto realizada mediante escalada e rompimento de obstáculo impede a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que o modus operandi revela a reprovabilidade do comportamento do agente.

3. Agravo regimental não provido. (grifo nosso)

(AgRg no REsp 1438176/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 27/06/2014)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO. VALOR DA COISA. MAIS DE 50% DO SALÁRIO MÍNIMO À ÉPOCA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal.

2. Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

(...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a **mínima ofensividade da conduta do agente**, (b) a **nenhuma periculosidade social da ação**, (c) o **reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento** e (d) a **inexpressividade da lesão jurídica provocada** - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412- 0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004) 3. Não é insignificante a conduta de furtar um motor elétrico, avaliado em R\$ 210,00, que, à época dos fatos, era mais 50% do salário mínimo, então vigente.

4. Em tais circunstâncias, não há como reconhecer o caráter bagatelar do comportamento imputado, havendo afetação do bem jurídico.

5. Ausência de flagrante ilegalidade, apta a relevar a impropriedade da via eleita.

6. Impetração não conhecida. (grifo nosso)

(HC 262.434/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 27/06/2014)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça exige que os requisitos acima citados estejam presente de forma cumulativa para os fins de viabilizar a aplicação do princípio da insignificância.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça modificaram o entendimento acerca da aplicação do princípio a fato praticados por agentes reincidentes.

Em um primeiro momento, os tribunais se posicionava no sentido de que a existência de circunstâncias pessoais desfavoráveis do agente, assim como a circunstância de ser ele reincidente na prática de ilícitos penais, por si só, não obstavam a incidência ou aplicação do princípio da insignificância no caso, porque os critérios de análise da aplicabilidade do princípio deveriam ser exclusivamente objetivos, de forma que seria irrelevante questionamentos referentes à pessoa do agente, tais como ser o mesmo reincidente, sua personalidade ou culpabilidade etc.

No entanto, as manifestações mais recentes desses tribunais superiores passaram a decidir pela inaplicabilidade do princípio da insignificância a fatos praticados por acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada, pois nestes casos há *alta reprovabilidade da conduta* daqueles que reiteradamente praticam infrações penais, não se caracterizando como hipóteses típicas de aplicação da norma excludente da tipicidade, pois "*o princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal*" (STF, HC 102.088/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010).

Nesse sentido, outras manifestações do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. 2. Furto qualificado pelo concurso de agentes. Condenação. 3. Alegação de violação ao Enunciado 7 da Súmula do STJ. Não houve reexame do contexto fático-probatório produzido nas instâncias ordinárias, mas tão somente uma valoração jurídica dos fatos, consentânea aos limites legalmente impostos ao recurso especial. 4. Violação ao artigo 5º, inciso LIV, da CF. Inocorrência. Corréu devidamente intimado, que deixou de contra-arrazoar o REsp. 5. Tese de crime impossível. Os sistemas de vigilância de estabelecimentos comerciais, ou até mesmo os constantes monitoramentos realizados por funcionários, não têm o condão de impedir totalmente a consumação do crime. Precedentes do STF. **6. Aplicação do princípio da insignificância. Sentenciados reincidentes na prática de crimes contra o**

patrimônio. Precedentes do STF no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada. 7. Ordem denegada. (grifo nosso) (HC 117083, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 14-03-2014 PUBLIC 17-03-2014)

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO (ART. 155, CAPUT, DO CP). REINCIDÊNCIA NA PRÁTICA CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais.

3. O valor da res furtiva não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade.

4. In casu, a) o paciente foi condenado pela prática do crime de furto (art. 155, caput, do CP) por ter subtraído um porta-moedas contendo R\$ 30,00 (trinta reais) e um cartão de vale-transporte. As instâncias precedentes deixaram de aplicar o princípio da insignificância em razão de ser o paciente contumaz na prática do crime de furto. b) Isso porque se trata de condenado reincidente na prática de delitos contra o patrimônio. Destarte, o reconhecimento da atipicidade da conduta do paciente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta.

5. Ordem denegada. (grifo nosso)

(HC 120043, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 02-12-2013 PUBLIC 03-12-2013)

A título exemplificativo, a leitura da ementa jurisprudencial abaixo demonstra que o Superior Tribunal de Justiça, assim como o Supremo Tribunal Federal, também exige como requisito ou condição de incidência do princípio da insignificância a ausência de reincidência ou reiteração delitiva habitual por parte do autor do fato:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO DA DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE NÃO IMPUGNADO. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 182 DA SÚMULA DO STJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

RÉU REINCENTE ESPECÍFICO. TIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. DOSIMETRIA DA PENA. REVISÃO. INCURSÃO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. VERBETE SUMULAR N. 7/STJ. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

DESFAVORÁVEIS. ENUNCIADO SUMULAR N. 269/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- É inviável o agravo que deixa de atacar, especificamente, os fundamentos da decisão agravada. Incidência do verbete n. 182 da Súmula desta Corte.

- Não há falar em aplicação do princípio da insignificância, porquanto, além de a conduta do recorrente atender à tipicidade formal (subtração de bem avaliado em R\$ 80,00), de igual forma se reconhece presente a tipicidade material, consubstanciada na relevância penal da conduta e do resultado, pois trata-se de apenado multirrecorrente específico, circunstância que, por si só, aponta a intensa reprovabilidade do seu comportamento, suficiente e necessária a recomendar a intervenção estatal, mesmo como forma de coibir a reiteração delitiva.

- Revisão das circunstâncias judiciais que demandaria incursão no conjunto fático-probatório dos autos, inadmissível em recurso especial ante o óbice do verbete sumular n. 7/STJ.

- Legalidade da imposição de regime fechado a réu reincidente, condenado a pena inferior a 4 anos, nas hipóteses em que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis (Súmula n. 269/STJ).

Agravo regimental desprovido. (grifo nosso)

(AgRg no AREsp 412.350/DF, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 27/06/2014)

Portanto, em síntese, além dos quatro requisitos ou critérios apontados na jurisprudência dos tribunais superiores (a) ausência de periculosidade social da ação; b) mínima idoneidade ofensiva da conduta; c) falta de reprovabilidade da conduta; d) inexpressividade da lesão jurídica causada), é necessário que a verificação sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância ocorra em um caso concreto, e que o autor do fato não seja reincidente ou infrator penal habitual.

3.6. “INFRAÇÕES PENAIS” ÀS QUAIS O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA SE APLICA E VEDAÇÕES

Inicialmente, cabe esclarecer que existe uma impropriedade técnica ao se referir a “infrações penais” às quais o princípio em comento se aplica, pois se o mesmo afasta a tipicidade material, tecnicamente não há fato típico, e por consequência, infração penal nos casos nos quais o princípio incide.

Com essa pequena ressalva, para facilitar a compreensão, utilizar-se-á a expressão em referência aos fatos sujeitos ao princípio da insignificância.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, sempre levando em consideração a natureza e a importância do bem jurídico tutelado pela norma penal,

fixaram entendimentos quais “as infrações penais” são suscetíveis de sofrerem a incidência do princípio em estudo.

Assim, para os *delitos patrimoniais*, o princípio da insignificância é admissível para os fatos praticados sem violência, como se observa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO SIMPLES. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE RELEVANTE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o exercício de mera adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, a configuração da tipicidade demanda análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, para verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.

2. Constatada a irrelevância penal do ato tido por delituoso, principalmente em decorrência da inexpressividade da lesão patrimonial e da não consumação do delito, é de se reconhecer a atipicidade da conduta praticada ante a aplicação do princípio da insignificância.

3. Ordem concedida. (grifo nosso)

(HC 119128, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 05-12-2013 PUBLIC 06-12-2013)

De outra feita, quando tais fatos são praticados com violência ou grave ameaça, há ofensa a outros bens jurídicos além do patrimônio, acarretando a impossibilidade de incidência do princípio, como manifesta-se o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCOMPATIBILIDADE.

É inviável reconhecer a aplicação do princípio da insignificância para crimes praticados com violência ou grave ameaça, incluindo o roubo. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (grifo nosso) (RHC 106360, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

Segundo, ainda, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, É admissível a incidência do princípio da insignificância nos crimes contra Administração Pública:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela.

Caracterização. **Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida.** Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. (grifo nosso)
(HC 112388, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 13-09-2012 PUBLIC 14-09-2012)

1. Habeas Corpus.

2. Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência.

3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade.

4. Ordem concedida. (grifo nosso)
(HC 104286, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/05/2011, DJe-095 DIVULG 19-05-2011 PUBLIC 20-05-2011 EMENT VOL-02526-01 PP-00042 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 425-434)

Outrossim, também é cabível a aplicação do princípio em relação às infrações penais tributárias, sendo que nos fatos de natureza penal-tributária, o critério para se aferir a tipicidade material da conduta é o valor do tributo devido. Desta forma, o princípio da insignificância tem aplicação, por exemplo, nas condutas de descaminho, de sonegação fiscal, como se verifica:

HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE PROVEU RECURSO ESPECIAL DA ACUSAÇÃO. DESCABIMENTO. DESCAMINHO. VALOR DO TRIBUTO SUPRIMIDO INFERIOR A VINTE MIL REAIS. INSIGNIFICÂNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito implicada na impetração. Precedentes.

2. Em matéria de aplicação do princípio da insignificância às condutas, em tese, caracterizadoras de descaminho (art. 334, caput, segunda parte do Código Penal), o fundamento que orienta a avaliação da tipicidade é aquele objetivamente estipulado como parâmetro para a atuação do Estado em matéria de execução fiscal: o valor do tributo devido.

3. A atualização, por meio de Portaria do Ministério da Fazenda, do valor a ser considerado nas execuções fiscais repercute, portanto, na análise da tipicidade de condutas que envolvem a importação irregular de mercadorias.

4. Eventual desconforto com a via utilizada pelo Estado-Administração para regular a sua atuação fiscal não é razão para a exacerbação do poder punitivo.

5. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem de ofício para restabelecer o acórdão absolutório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

(grifo nosso)

(HC 120096, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 03-04-2014 PUBLIC 04-04-2014)

CRIME DE BAGATELA – TRIBUTO – CONFIGURAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, o fato de o tributo sonegado ser inferior a dez mil reais atrai a teoria da insignificância do ato para efeito penal. Óptica suplantada ante o somatório de valores considerados processos diversos a ultrapassar o montante referido.

(grifo.nosso)

(HC 97257, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 05/10/2010, DJe-233 DIVULG 01-12-2010 PUBLIC 02-12-2010 EMENT VOL-02443-01 PP-00074 RT v. 100, n. 905, 2011, p. 513-516)

Ainda no campo dos delitos tributários, em relação à apropriação indébita previdenciária é de se notar que embora o Supremo Tribunal Federal em tese admita a aplicação do princípio da insignificância, desde que os valores indevidamente apropriados e não repassados aos cofres previdenciários sejam inferiores aos valores mínimos para o início do processo judicial de cobrança desses créditos, não foi encontrada em sua jurisprudência decisões que aplicassem concretamente o critério da insignificância.

Pelo contrário, há precedente que declara que

[...]o bem jurídico tutelado pelo delito de apropriação indébita previdenciária é a "subsistência financeira à Previdência Social", conforme assentado por esta Corte no julgamento do HC 76.978/RS, rel. Min. Maurício Corrêa ou, como leciona Luiz Regis Prado, "o patrimônio da seguridade social e, reflexamente, as prestações públicas no âmbito social" (Comentários ao Código Penal, 4. ed. - São Paulo: RT, 2007, p. 606). 4. Consecutariamente, não há como afirmar-se que a reprovabilidade da conduta atribuída ao paciente é de grau reduzido, porquanto narra a denúncia que este teria descontado contribuições dos empregados e não repassado os valores aos cofres do INSS, em prejuízo à arrecadação já deficitária da Previdência Social, configurando nítida lesão a bem jurídico supraindividual. O reconhecimento da atipicidade material in casu implicaria ignorar esse preocupante quadro. Precedente: HC 98021/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 13/8/2010. 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada.

(HC 102550, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, DJe-212 DIVULG 07-11-2011 PUBLIC 08-11-2011 EMENT VOL-02621-01 PP-00041)

No mesmo sentido, negando a incidência do princípio no caso concreto, sob o fundamento de que a conduta do autor é ofensiva ao bem jurídico tutelado pela norma (subsistência financeira da Previdência Social), sendo juridicamente reprovável, tem-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. NÃO REPASSE À PREVIDÊNCIA SOCIAL DO VALOR DE R\$ 7.767,59 (SETE MIL SETECENTOS E SESSENTA E SETE REAIS E CINQUENTA E NOVE CENTAVOS). INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA E OFENSA AO BEM JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO. ORDEM DENEGADA.

1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de lesão grave e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.

2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal, tornando atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal.

3. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

4. Não repassar à Previdência Social R\$ 7.767,59 (sete mil, setecentos e sessenta e sete reais e cinquenta e nove centavos), além de ser reprovável, não é minimamente ofensivo.

5. Habeas corpus denegado. (grifo nosso)
(HC 110124, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 15-03-2012 PUBLIC 16-03-2012)

Também admite-se a aplicação do princípio da insignificância para excluir a tipicidade de delitos ambientais, conforme se infere das ementas abaixo:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do IBAMA. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. *Rei furtivae* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.

(grifo nosso)

(HC 112563, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 07-12-2012 PUBLIC 10-12-2012)

CRIME - INSIGNIFICÂNCIA - MEIO AMBIENTE. Surgindo a insignificância do ato em razão do bem protegido, impõe-se a absolvição do acusado.

(AP 439, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-01 PP-00037 RTJ VOL-00209-01 PP-00024 RT v. 98, n. 883, 2009, p. 503-508)

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal constata-se que, em tese, o princípio da insignificância pode ser aplicado a todas as infrações penais cometidas sem violência ou grave ameaça, desde que verificado no caso concreto a ausência de gravidade da ofensa ao bem jurídico tutelado e não houver reprovabilidade da conduta do agente, assim como o preenchimento dos demais pressupostos exigidos pela própria jurisprudência da Corte.

Também se conclui que a natureza do bem jurídico tutelado (tributário, ambiental etc.) ou a circunstância de o bem ser pertencente ao Estado, por si só, não exclui a possibilidade de incidência do princípio da insignificância.

3.7 - REPERCUSSÃO DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: ATIPICIDADE DO FATO

A consequência jurídica da aplicação do princípio da insignificância ou bagatela é a atipicidade daqueles fatos que, apesar de se adequarem formalmente à descrição da hipótese de incidência do crime, não apresentam potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Considerando este fato desde logo como atípico, tem-se que o mesmo não apresenta-se como um fato penalmente irrelevante, de forma que dele não deverão decorrer situações, procedimentos e processos relacionados à apuração e à persecução penal, pois como escreve Lídia Losi Daher Zacharyas

Reconhecendo caber indubitavelmente na hipótese examinada o Princípio da Insignificância, não deve o Delegado instaurar o inquérito policial, o Promotor de Justiça oferecer denúncia, o Juiz recebê-la ou, após instrução, condenar o acusado. Há no caso exclusão da tipicidade do fato e, portanto, não há crime a ser apurado, diante da ausência de justa causa.⁵⁴

Nesse mesmo contexto, não serão admitidas prisões cautelares, devendo eventual prisão em flagrante ser relaxada por inexistência de crime, com o que, desde logo preserva o autor do fato, que é atípico, de eventuais constrangimentos inerentes à fase de investigação e processamento penal, o que implica no respeito de sua dignidade

⁵⁴ ZACHARYAS, Lídia Losi Daher. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Disponível em: file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20(2).pdf. Acesso em jul 2014, p. 252.

humana frente a elucidações Estatais para o fato ocorrido, no sentido de que o Estado poderá solicitar sua cooperação para a comprovação da situação e de que tal fato não se caracteriza como criminoso, mas sem submeter tal pessoa a constrangimentos desarrazoados e desproporcionais à sua participação em um fato que sequer é ilícito penal.

De outra feita, um outro efeito indireto da adoção do princípio da insignificância é que sua utilização contribuiria para a existência de uma justiça mais eficaz e célere, uma vez que não chegaria à apreciação do Poder Judiciário uma considerável quantidade de fatos sem relevância penal material.

CONCLUSÃO

Do exposto neste capítulo do trabalho, pode-se sintetizar que o princípio da insignificância integra o ordenamento jurídico brasileiro, sendo princípio implícito, pacificamente aceito pela jurisprudência dos tribunais superiores, que lhe confere natureza jurídica de causa excludente da tipicidade penal.

Os critérios de aplicação prática deste princípio, em razão da ausência de expressa previsão legal, foram fixados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exigindo sempre a verificação de cada caso em concreto.

E sendo instrumento de verificação mais célere da tipicidade penal, o princípio em questão propicia a aplicação mais justa das normas penais, excluindo de seu campo de incidência condutas que não tenham potencial de lesar ou ofender o bem jurídico tutelado.

Por fim, sua adoção é saudável e benéfica ao sistema judiciário como um todo, inibindo constrangimentos desnecessários a investigados, economizando energia e tempo dos órgãos estatais responsáveis pela persecução criminal, e, por fim, contribuindo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos órgãos do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no Direito Penal. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 1988.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. 6.^a ed. São Paulo: Revan, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva. 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. 22.^a ed. 2008.

CAPEZ, Fernando. Direito Penal - parte geral. 6.^a ed. São Paulo: Edições Paloma, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – volume 1. Salvador: Jus Podivm, 7.^a ed. 2007.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral. Volume I. 16.^a ed. São Paulo: Impetus, 2014.

GOMES, Luiz Flavio, TENDÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS QUANTO À CRIMINALIDADE DE BAGATELA, in REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, Ed. Revista dos Tribunais, número especial de lançamento, 1992; ESTUDOS DE DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL, Ed. Revista dos Tribunais, 1^a edição, 2^a tiragem, 1999.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2^o ed. São Paulo: RT, 2000.

MAÑAS, Carlo Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal – parte geral – volume 1. 24.^a ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 5^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte geral. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIBEIRO, Karla Daniele Moraes. Aplicação do princípio da insignificância. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10823&revista_caderno=3>. Acesso em jul 2014.

SHECARIA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZACHARYAS, Lídia Losi Daher. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Disponível em: [file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/22056487802/Downloads/50-116-1-PB%20(2).pdf). Acesso em jul 2014.