

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE DIREITO

Eleonora Hernandez Quintana de Lima

A visão criminológica na aplicação do Princípio da insignificância: análise da condição social do agente delitivo e a necessidade da aplicação da sanção penal

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

São Paulo

2022

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Eleonora Hernandez Quintana de Lima

A visão criminológica na aplicação do Princípio da insignificância: análise da condição social do agente delitivo e a necessidade da aplicação da sanção penal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Antônio Carlos da Ponte.

São Paulo

2022

AGRADECIMENTOS

Alguns agradecimentos são imprescindíveis. Agradeço a meus pais e minha família, que me concedeu esta oportunidade de ensino e guiou minha jornada. Agradeço a todos os professores da Pontifícia Universidade Católica pela compreensão, paciência e apoio constante em todos os momentos da minha graduação. Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Antônio Carlos da Ponte, pelas valiosas orientações e paciência na análise dos textos. Por fim, agradeço aos meus amigos que sempre se preocuparam em me auxiliar, tanto nas conversas relacionadas ao tema, quanto no desenvolver da pesquisa.

RESUMO

Essa monografia é o resultado da análise do princípio da insignificância como instrumento limitador da repressão penal nos casos onde a conduta praticada for considerada insignificante para o Direito Penal, podendo outra esfera do direito solucionar o litígio. A aplicação desse princípio do caso concreto deve ter como fundamento as circunstâncias particulares da situação fática e do agente delitivo, para que tão somente o magistrado, com base nos princípios consagrados no ordenamento jurídico, possa concluir se a conduta é irrelevante ou não para a esfera penal. Se entender pela insignificância, poderá o magistrado afastar o caráter ilícito, o caráter criminoso da conduta ou até mesmo a pena, determinando uma das quatro possíveis naturezas jurídicas do princípio da insignificância a depender do caso concreto analisado e suas circunstâncias.

Palavras-chave: Direito Penal. Princípio da Insignificância. Condição social. Agente delitivo. Irrelevância. Caso Concreto.

ABSTRACT

This monograph is the result of the analysis of the principle of insignificance as a limiting instrument of criminal repression in cases where the conduct practiced is considered insignificant for Criminal Law, and another sphere of law can resolve the dispute. The application of this principle of the concrete case must be based on the particular circumstances of the factual situation and of the criminal agent, so that only the magistrate, based on the principles enshrined in the legal system, can conclude whether or not the conduct is irrelevant to the sphere criminal. If he understands the insignificance, the magistrate can rule out the illicit character, the criminal character of the conduct or even the penalty, determining one of the four possible legal natures of the principle of insignificance depending on the specific case analyzed and its circumstances.

Keywords: Criminal Law. Principle of Insignificance. Social condition. Criminal agent. Irrelevance. Concrete Case.

Sumário

Introdução8

1- Análise criminológica9

2- A Insignificância como princípio no Direito Penal 12

3- Surgimento do Princípio 14

3.1- Origem histórica 14

3.2- Princípios correlatos à aplicação17

3.2.1- Princípio da legalidade17

3.2.2- Princípio da lesividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos19

3.2.3- Princípio da subsidiariedade 20

3.2.4- Princípio da ultima ratio20

3.2.5- Princípio da interferência mínima20

3.2.6- Princípio da fragmentariedade21

3.2.7- Princípio da igualdade22

3.2.8- Princípio da proporcionalidade 23

3.2.9- Princípio da adequação social24

3.3.10- Princípio da dignidade humana 25

3.3.11- Princípio da irrelevância do fato penal 26

3.3.12- Princípio da individualização da pena 26

4- Breve introdução à Teoria do Delito 28

4.1- Teoria Causalista da Ação (Von Liszt e Beling) 28

4.2- Teoria Neokantista (Mezger) 29

4.3- Teoria Finalista 30

4.3.1- Elementos do crime 31

4.3.1.1- Fato Típico 32

4.3.1.2- Antijuridicidade 33

4.3.1.3- Culpabilidade 35

4.4- Teoria Social 36

5- Análise do Princípio da insignificância 38

5.1 - Terminologia 38

5.2- Conceito39

5.3 - Natureza jurídica do Princípio. 40

5.3.1- Excludente de tipicidade 41

5.3.2- Excludente de antijuridicidade	44
5.3.3- Excludente de culpabilidade	47
5.3.4- Correntes mistas	49
5.3.5- Natureza jurídica do Princípio da insignificância no Brasil	49
6- Aplicação do Princípio da insignificância no Brasil	50
6.1- Visão do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)	51
6.2- Requisitos	54
7- Aplicação do princípio em outros países	57
7.1- Princípio da insignificância imprópria	59
8- Análise da aplicação do princípio com base nas circunstâncias do caso concreto	61
9- Questionamentos	69
10- Conclusão	72
11- Referências	77

Introdução (fazer)

Para que o ordenamento jurídico possa evoluir, de forma que melhor atenda aos interesses da sociedade, deve possibilitar a maior estudo dos modelos jurídicos estrangeiros, analisando a fonte originária e a trajetória com base nos fatos históricos e sociais, de tal forma que permita sua recepção na criação de institutos nacionais focado nas múltiplas características sociais e culturais presentes na sociedade e que incidem sobre o indivíduo.

A criação dessa teoria jurídica permite resultados totalmente distintos dessa fonte a depender do momento histórico e dos valores axiológicos presentes no sistema jurídico de cada sociedade e as circunstâncias que nela incidem, podendo uma conduta delitiva ser considerada irrelevante para o Direito Penal.

Isto demonstra a importância da introdução constitucional do princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro, preservando um instituto capaz de se adaptar às constantes mudanças sociais enquanto regula a sociedade, com base nos princípios fundamentais já consagrados no ordenamento jurídico pátrio, buscando a aplicação da medida mais justa ao caso fático analisado.

Em vista disso, o trabalho em questão tem como finalidade reconstruir alguns dos principais elementos da discussão sobre o princípio da insignificância no direito penal brasileiro, explorando alguns dos impasses presentes na jurisprudência pátria na aplicação deste princípio, e demonstrar a análise da adequação do princípio como medida justa e ideal a ser aplicada quando necessário.

Como forma de sintetizar essa análise, focou-se como referência os autores reconhecidos que contribuíram na difusão dogmática-penal do princípio, além de estudar a origem histórica e as fontes brasileiras que incidem sobre o princípio da insignificância. Ademais, buscou demonstrar a inconsistência entre os precedentes jurisprudenciais proferidos, causando obstáculos e insegurança jurídica, o que torna pouco frequente a aplicação desse princípio no caso concreto.¹

Por conta disso, o escopo do presente trabalho é lançar luz sobre o tema, não só provocando reflexões como também estabelecendo um vetor de orientação mais preciso e justo possível, com base no consenso geral da sociedade e do magistrado na possibilidade de invocação do princípio, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, somado à situação

¹ CASTRO. Alexander de. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: Análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica. (1964-2016). Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 74, p.45, jan./jun. 2019.

pessoal do autor do delito, no intuito de fortalecer a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões judiciais quanto a possibilidade de aplicação do princípio.

Somente assim o ordenamento jurídico brasileiro será capaz de pensar, devendo correr o risco de ser ofensivo a certas questões jurídicas e sociais majoritárias, na busca por uma resposta jurídica mais justa a ser aplicada ao caso concreto, o que torna essencial a aplicação do princípio da insignificância nos crimes irrelevantes ao direito penal ou naqueles em que a sanção penal é considerada desnecessária, permitindo a limitação da repressão penal e abuso do poder estatal.

1- Análise criminológica

Crime é a violação de um direito de forma racional, que emana da liberdade de agir e da consciência da incidência de eventual sanção, prevista previamente no sistema punitivo vigente, caso preencha o tipo penal. Logo, se o homem realizar uma conduta delitiva, diversa do que se espera em sociedade, receberá uma punição como forma de castigo², em razão da concepção de crime como um ente jurídico.

Entretanto, a visão pautada no livre arbítrio do sujeito e a aplicação da pena quando violada a lei, restou insuficiente em determinados momentos, principalmente em razão da determinação da presunção de uma homogeneidade entre todos os homens, no que diz respeito às questões biológicas, sociais e à motivação, para a aplicação da pena. Essa presunção deixou de considerar as circunstâncias econômicas e sociais vivenciadas por cada indivíduo em sociedade, tornando a aplicação da pena uma obrigação independentemente de sua necessidade.³

Em vista disso, surgiram diversos estudos comparando as características antropológicas da criminalidade com determinadas características do indivíduo, sejam elas biológicas ou sociais. Um desses estudos foi a Criminologia, ciência voltada à análise do crime como fenômeno social, ultrapassando barreiras, sendo transdisciplinar por excelência, movendo-se da esfera do direito penal para a do contexto histórico, sociológico, psicanalista, econômico, político, entre outros. Ou seja, identifica que o agente do ato ilícito se tornou criminoso em razão das circunstâncias fáticas que o cercam, com fundamento na antropologia criminal, psicologia criminal e sociologia criminal.⁴

² GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 6ª edição. São Paulo, 1982, p.29.

³ SCHECAIRA, Sergio Salomão. Criminologia. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

⁴ FERRO, Ana Luiza Almeida. Robert Merton e o Funcionalismo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

A Criminologia é, portanto, a ciência que estuda o crime e o criminoso como parte integrante do mesmo contexto do fenômeno social, estudando as suas origens e quais fatores de controle são ideais para superar a delinquência.⁵ Segundo define Sutherland, a criminologia corresponde à “(...) ciência que estuda os fenômenos e as causas da criminalidade, a personalidade do criminoso, sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo”.⁶

Outrossim, pode ser entendida como um instrumento de observação da construção histórico-social da natureza humana, caracterizando um corpo de conhecimentos que observa o delito como fenômeno social, com base em uma “atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante dessa normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua formação e seus efeitos”.⁷

Logo, a punição não possui caráter de castigo, mas sim um meio necessário para eliminar uma ameaça contra a sociedade. A pena passa a ser concebida como uma reação natural do organismo social contra a atividade anormal, possuindo caráter de defesa social⁸, com fundamento na personalidade do réu, na sua capacidade de adaptação e na sua periculosidade. Não há mais o entendimento de que o motivo da infração ocorre em decorrência do livre arbítrio, mas sim de fatores e características biológicas e sociológicas do indivíduo, resultantes da vida em sociedade e da evolução histórico-evolutiva. Trata-se de uma patologia adquirida pelo sujeito e que deve ser curada como uma medida de segurança social.

O objeto da criminologia caracteriza, dessa maneira, o enfoque macrosociológico, que historiciza a realidade comportamental da época analisada, permitindo uma visão multiconectada da realidade social do direito, integrado à ciência penal. É observar e constatar a realidade de cada sujeito e as condições sociais e econômicas envolvidas, direta e indiretamente. Em outras palavras, caracteriza a interlocução entre a parte e o todo.

Apesar deste ser o ideal, constata-se que, no Brasil, as futuras gerações do Direito, durante sua formação jurídica acadêmica, deixam de compreender todas as multiconexões que

⁵ BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2ª ed, julho de 2014.

⁶ SUTHERLAND. Edwin H. Princípios da Criminologia, 1960, p.27.

⁷ CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da reação social. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.52

⁸ Nota: Filosofia humanista, que prega a reação social objetivando a proteção do ser humano e a garantia dos direitos do cidadão.

incidiram e quais fatores foram fundamentais na influência da criação do que atualmente conhecemos como Direito.

O estudo e análise da criminologia continuará sendo parte no processo civilizatório, que acaba por se modificar a cada instante. Tudo o que acontece no mundo conduz a criminologia a olhar pela perspectiva da vivência social individual e coletiva, compreendendo todos os fatores que incidem sobre esse sujeito, podendo a criminologia ter seu objeto reconstruído, sob o risco de constituírem racionalizações justificadoras nos campos de ação da criminologia, quais sejam a administração da justiça, o setor penitenciário e a prevenção dos delitos.

A história não é linear, nem evolutiva, é na verdade feita de rupturas e permanências, que terão grande influência na sociedade, de forma prejudicial ou benéfica a depender da condição de cada sujeito e a forma como a sociedade recebe e diferem as coisas, baseados nos elementos do crime e na punibilidade, alicerces fundamentais da subjetividade no reconhecimento da relevância penal e necessidade da sanção penal.

Isto constitui o enigma central da questão criminal, pois todas as definições da criminologia não são neutras, no que diz respeito aos seus objetivos, métodos, paradigmas, e políticas criminais. São atos discursivos e de poder, com efeitos concretos que dependem do interesse da sociedade, buscando a garantia da demanda pelo poder e pela necessidade de ordem na formação econômica e social.

Com base nisso, deve-se observar o princípio da insignificância à luz da “criminologia crítica”, também chamada de “criminologia radical”, “marxista” ou “nova criminologia”, que procura explicar a criminalidade como um processo seletivo de construção social, com solução voltada à supressão das desigualdades sociais, pela abolição da exploração econômica e pelo fim da arbitrariedade política e jurídica sobre os sujeitos vítimas desses problemas.

Temos, assim, a crítica ao Direito Penal, às leis e às instituições envolvidas no problema criminal, como mecanismos fechados de manutenção da repressão e insuficientes no exercício da justiça. Não se busca modificar o delinquente, mas sim o sistema total do qual a lei é o instrumento mais poderoso e efetivo de manutenção de poder, adequando-se às particularidades de cada momento.

Deste modo, no intuito de assegurar uma densa necessidade de ordem na concretização desse objetivo, aplicando a medida mais justa ao caso concreto, seria necessário a operacionalização do poder punitivo, estabelecendo um tipo de procedimento adaptável na atuação judiciária.

A solução encontrada para esse conflito foi aplicar o princípio da insignificância, criação atribuída à Claus Roxin, nas condutas típicas de escasso potencial lesivo, considerando todos os elementos multiconectados, ao colocar-se na condição fática do indivíduo, analisando todas as circunstâncias no momento em que o delito foi consumado, como forma descobrir a origem e influência dessa vontade e verificar se a sanção penal consiste na medida mais justa a ser aplicada ou se há a possibilidade do litígio ser resolvido por outra esfera do direito.⁹

2- A Insignificância como princípio no Direito Penal

Dentro do ordenamento jurídico, no que diz respeito à regulamentação da sociedade, a aplicação de uma norma, mandamento imperativo de dever-ser, divide-se em duas espécies: regras, quando impõe uma obrigação para cumprimento¹⁰, ou princípios, exigindo que o cumprimento da justiça “(...) seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (...)”

No mesmo sentido que se distinguem qualitativamente, se distinguem em grau, sendo fato que os princípios consagrados na Constituição Federal se sobrepõem às normas expressas no Código Penal, pois a CF/88 se encontra no topo da pirâmide hierárquica. Logo, suas normas possuem valor superior, servindo como diretrizes para outras leis.

As regras são específicas e precisas, com uma aplicação de incidência bem delimitada, enquanto que os princípios são genéricos, aplicando apenas um dever ser sobre os objetos das normas vigentes no ordenamento jurídico. Por essa razão, os princípios não se encontram no mesmo grau/categoria que as regras, pois servem como base na garantia dos direitos fundamentais e parâmetro objetivo estruturador da concretização da justiça na estrutura sistemática jurídica.

Em vista disso, buscou analisar a insignificância como princípio, principalmente como princípio norteador do Direito Penal e Processo Penal, na medida em permite afastar a incidência de um processo penal e eventualmente sanção penal, com base na irrelevância da ofensa.¹¹

⁹ GONZAGA, Christiano. Manual de Criminologia. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597219/>. Acesso em: 04 de outubro de 2022.

¹⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹¹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados especiais penais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

O princípio da insignificância nasce pela necessidade de um especial tratamento na composição da atividade penal brasileira na percepção de utilidade e justiça, ao aplicar sanção penal somente para as condutas tipificadas que a ofensa seja de grande relevância e repercussão social.

Essa concepção decorre dos princípios ordenadores do Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da repressão estatal, devendo o Direito Penal agir somente quando estritamente necessário para a proteção do bem jurídico tutelado e reprovação da ofensa causada.¹²

A premissa é que “a redação do tipo legal pretende certamente apenas incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, mas não pode impedir que entrem também em seu âmbito os casos leves”.¹³ Isto ocorre em razão dos tipos penais serem conceitos abstratos, o que tornam sua aplicação obrigatória quando preencherem o tipo penal.

Por essa razão, como forma de garantir o alcance desejado da previsão legal, deve o Direito Penal considerar a aplicação da pena com base nos princípios consagrados no ordenamento jurídico, e principalmente na consideração da insignificância como princípio.¹⁴

A consideração da insignificância como princípio do Direito Penal decorre do método de colisão de princípios de Robert Alexy¹⁵, determinando que quando dois princípios conflitarem entre si em determinado caso, um deles irá ceder com base nas circunstâncias do caso, mas isso não significa na sua exclusão de sua aplicação sobre o tipo penal dentro do ordenamento jurídico, podendo vir a ser aplicado em outra situação.

As circunstâncias analisadas devem ter como base a ponderação entre os interesses envolvidos, a relevância da proteção penal do bem jurídico e a intensidade da ofensa da ação e do resultado. Após essa análise, se for considerado insignificante para o Direito Penal, deverá a liberdade ser garantida sobre a obrigatoriedade punitiva estatal, com fundamento no princípio da insignificância, caracterizando um autêntico princípio norteador do direito penal.

Para chegar no que atualmente conhecemos como princípio da insignificância, foi necessário um extenso processo histórico-evolutivo em cada sociedade, validando a existência e aplicação do princípio, conforme o contexto social vivenciado e a posição do ordenamento

¹² PRESTES, Cássio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

¹³ ZIPF, Heinz. Introducción a la política criminal. Madrid: Edersa, 1979, p.102.

¹⁴ MAÑAS, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

jurídico quanto o reconhecimento da insignificância ou não do caso concreto para o Direito Penal.

3- Surgimento do Princípio

3.1- Origem histórica

Um dos principais desafios do direito tem sido determinar com exatidão quando surgiu o princípio da insignificância. Muitos doutrinadores acreditam que esse princípio nasceu no Direito Romano, com cunho civilista, fundado no brocardo '*minimis non curat praetor*'¹⁶, enquanto outros negam a existência desse princípio no direito romano, com fundamento em duas vertentes.

A primeira argumenta a ausência de especificidade deste princípio no direito romano, o que justificaria a ausência no direito penal, principalmente pela ausência de providências no direito civil romano. Já a outra vertente entende que a origem do princípio da insignificância partiu do pensamento liberal dos juristas renascentistas¹⁷, justamente em decorrência do desconhecimento dos juristas romanos quanto ao conceito de insignificância e a ausência de aplicação nas causas dentro do ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, Ribeiro Lopes defende que a origem do princípio da insignificância partiu do pensamento liberal dos iluministas, com a evolução do princípio da legalidade, conforme assevera:

O Direito Romano foi notadamente desenvolvido sob a óptica do Direito Privado e não do Direito Público. Existe naquele brocardo menos do que um princípio, um mero aforismo. Não que não pudesse ser aplicado vez ou outra a situações de Direito Penal, mas qual era a noção que os romanos tinham do princípio da legalidade? Ao que me parece, se não nenhuma, uma, mas muito limitada, tanto que não se fez creditar aos romanos a herança de tal princípio.¹⁸

Outrossim, é possível encontrar vestígios do que viria a ser o atual princípio da insignificância na obra de Franz Von Liszt, que discorreu em 1903 sobre o uso excessivo da pena e a possibilidade da hipertrofia legislativa penal, retornando ao brocardo "*minimis non curat praetor*" como meio¹⁹, trazendo o questionamento quanto à necessidade de proteção penal do bem jurídico tutelado quando a conduta praticada produzisse resultados e efeitos irrelevantes à esfera do direito penal e à sociedade.

¹⁶ Nota: quando a lesão é insignificante, a aplicação de uma pena não é uma necessidade, pois como não há prejuízo, não há fato punível.

¹⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p.41/42.

¹⁸ Ob. cit., LOPES, 2000, p.41.

¹⁹ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.93.

Apesar disso, o entendimento majoritário é que o princípio da insignificância teve sua origem na Europa, que encontrava-se com um cenário caótico após o término das duas grandes guerras mundiais, resultando em diversas circunstâncias socioeconômicas, deixando a sociedade mais vulnerável e suscetível a delitos de caráter patrimonial e econômico, muitas vezes caracterizados por um baixo valor, sendo desinteressante ao ordenamento jurídico dar continuidade a este processo criminal em razão da irrelevância penal, o que deu nascimento ao conceito de crime de bagatela.²⁰

Esse também é o entendimento dos doutrinadores Lopes²¹, Greco²² e Bittencourt, expondo que “o princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino *mínima non curat praetor*”²³.

Para este Claus Roxin, a interpretação dos tipos penais deve ser realizada com base nas normas constitucionais e na modulação do Direito Penal, que irá atuar tão somente nos casos em que a responsabilização penal da punibilidade é indispensável para a proteção do bem jurídico tutelado, sendo fundamental a aplicação de princípios norteadores capazes de possibilitar uma interpretação restritiva, como o princípio da insignificância.²⁴

Sendo assim, Roxin definiu uma base geral capaz de determinar o injusto e buscou com veemência introduzir o princípio da insignificância no ordenamento jurídico alemão²⁵, possibilitando decisões brandas e que melhor atendessem ao interesse da sociedade e do indivíduo no caso concreto, aplicando o brocardo nos delitos de bagatela quando entender ser a medida mais justa,²⁶ ainda que vá em desacordo com a norma vigente no sistema normativo-político-criminal.

Menciona-se que a concepção originária deste princípio, segundo Roxin, era destinada somente os crimes de coerção, semelhante ao constrangimento ilegal do código penal brasileiro, e tinha como fundamento seis princípios que serviam de parâmetros interpretativos da reprovabilidade da conduta, no que diz respeito à violência ou ameaça direcionada na prática do crime como forma de alcançar o fim perseguido, e possibilidade da aplicação da insignificância pelos tribunais.

²⁰ Ob. cit. LOPES, 2000, p.42.

²¹ Ob. cit., LOPES, 2000, p.86.

²² GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p.42.

²³ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.51.

²⁴ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2011. p.87.

²⁵ CAPEZ, Fernando, *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.29.

²⁶ Ob, cit, SILVA. 2011, p.87

Contudo, sem qualquer previsão legal expressa, a análise dessa reprovabilidade ficava dependente de um juízo moral e jurídico desconhecido, além de colocar em dúvida a constitucionalidade do tipo penal.²⁷ Posteriormente, Roxin passou a entender pela possibilidade da aplicação do princípio na maioria dos tipos penais, trazendo o questionamento quanto aos critérios e requisitos para sua incidência no caso concreto, levando esse autor ao entendimento da aplicação deste princípio, principalmente no processo penal alemão, com fundamento no princípio da oportunidade.

Buscou impedir a repressão excessiva, aplicando este princípio quando identificasse que a conduta delitiva não merece efetivamente uma responsabilização criminal. Igualmente, o artigo 8 da Declaração dos Direitos Humanos do Homem e do Cidadão de 1789 prescreveu o mesmo, ao afirmar que “a Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, (...)”. Montesquieu e Beccaria partiam do mesmo pressuposto, no qual bastam poucas penas para prevenir os crimes resultantes de diversas ações, visto que, aumentar sua proibição pode resultar na criação de novos crimes e não na prevenção destes.

Constata-se que o entendimento sobre a origem do princípio da insignificância independe de um autor específico. A construção deste princípio, dentro do ordenamento jurídico, depende unicamente da produção de efeitos e resultados que produz em sociedade.²⁸

No ordenamento jurídico brasileiro existem situações em que não há a necessidade da aplicação da esfera penal, apesar de consumado o tipo penal, pois sua reparação pode ser efetuada em outra esfera do Direito. Para que isto ocorra, deve-se considerar a insignificância na tomada de decisão por parte do direito penal, reconhecendo sua necessidade somente àquelas situações em que o dano e as consequências causadas são de extrema gravidade, não bastando sua condenação somente em outras esferas, senão também pela esfera penal, como forma de transmitir maior segurança à sociedade ao afastar o risco e proteger o bem jurídico tutelado.

A Constituição Federal de 1988 se preocupou em realçar os valores fundamentais, traduzidos nos inúmeros princípios previstos no ordenamento jurídico, os consagrando como base de todo o direito no intuito de adequar a aplicação da pena ao indivíduo, de forma justa e proporcional ao crime cometido. Tem-se, assim, que o princípio da insignificância se

²⁷ A tradução seria como segue: “O ato é antijurídico se o uso da força ou a ameaça do mal é de considerar-se reprovável com relação ao fim almejado” ALEMANHA. 1871. Strafgesetzbuch. Disponível em: . Consultado em: 09/09/2018.

²⁸ ROCHA, Carla Bianca Olinger.Princípio da insignificância: origem, natureza jurídica, critérios de reconhecimento e críticas.Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, 2019, p.03. Disponível em:<https://jus.com.br/revista/edicoes/2019/8/20>. Acesso em:28 de julho de 2022.

relaciona concomitantemente com diversos princípios, principalmente com os princípios limitadores do Direito Penal.

3.2- Princípios correlatos à aplicação

À luz de Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú²⁹:

Um ordenamento jurídico deve, necessariamente, proteger os indivíduos utilizando-se do Direito Penal, mas deve também protegê-lo do próprio Direito Penal, cuja aplicação punitiva e, por vezes, vingativa, pode ser tão odiosa quanto a própria infração que gerou a sua utilização. Assim, faz-se mister que fossem estabelecidos princípios limitativos ao poder punitivo estatal.

Dentre esses vários princípios limitadores, consagrados constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro, os que dão fundamento à aplicação do princípio da insignificância, caracterizando pilares deste instituto, serão abaixo explanados.

3.2.1- Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824, ao determinar no inciso I, do artigo 179 que “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei”. Conforme artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1799:

Artigo 4º- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

Artigo 5º- A Lei não proíbe senão as acções prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Logo, este princípio equiparava-se a uma autonomia da vontade, possibilitando ao indivíduo realizar tudo aquilo que não estivesse proibido pela lei, e consequentemente não fosse prejudicial à sociedade. No entanto, diferentemente do que aplica-se ao indivíduo, no que diz respeito à sua autonomia, surge, após a Constituição Federal de 1934, o entendimento deste princípio como uma vinculação positiva à lei, permitindo ao Estado fazer somente o que a lei e o Direito permitirem.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil é reduzir as desigualdades sociais e regionais, erradicando a pobreza e a

²⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, p.72.

marginalização, promovendo o bem de todos sem qualquer forma de discriminação. Isto caracteriza o modelo ideal de Estado Democrático de Direito, devendo o Estado desenvolver suas atividades dentro de uma visão equitativa, acentuando-se o caráter democrático e as justiças sociais.³⁰

Essa transformação possibilitou a transferência do Estado Legal para o Estado de Direito, vinculado à ideia de justiça, submetendo, portanto, o Estado ao Direito, com relação às justiças sociais, e não somente ao sentido puramente formal da lei.

Melhor dizendo, no Estado Democrático de Direito, a lei tem sentido formal ao emanar do Poder Legislativo, ressalvadas algumas hipóteses, e sentido material, cabendo sua análise com base nos valores e princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, conforme expõe o preâmbulo ao “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, (...)”.

Há, portanto, grande ligação entre o princípio da legalidade e o princípio da insignificância, visto que, possui como escopo a limitação do poder estatal, sendo ambos os princípios instrumentos de interpretação restritiva. No entanto, o princípio da legalidade está diretamente relacionado somente à tipicidade formal, enquanto que o princípio da insignificância está ligado também à tipicidade material.

Em vista disso, no intuito de aplicar o modelo penal garantista dos direitos fundamentais, em um Estado Democrático de Direito, deve-se observar a legalidade material também, não apenas a formal. Conforme preceitua Luigi Ferrajoli:

O sistema das normas sobre a produção de normas – habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com fundamento constitucional- não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis. (...) Assim, (...) uma lei que viola o princípio constitucional (...) – por mais que tenha existência formal ou vigência, pode muito bem ser inválida e como tal suscetível de anulação por contraste com uma norma substancial sobre sua produção.³¹

³⁰ Constituição Federal/1988. Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.66.

3.2.2- Princípio da lesividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos

“Um bem jurídico, (...) é uma coisa valiosa (valorada positivamente), entendendo aqui por coisa toda realidade existencial com independência de seu caráter material ou imaterial. O conceito de bem jurídico é, pois, expressão de uma relação dialética de realidade e valor. Um Direito penal protetor de bens jurídicos não tutela puros valores em si mesmos, senão realidade concretas (...).”³²

“(...) sem a presença de um resultado jurídico (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) não existe crime (*‘nullum crimen sine iniuria’*). Incumbe ao juiz, portanto, por força do princípio da ofensividade, para além da subsunção formal da conduta, verificar o conteúdo da norma, verificar o bem jurídico protegido por essa norma (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos) e ainda verificar se esse bem jurídico entrou no raio de ação da conduta perigosa (leia-se: se foi afetado concretamente, se a conduta é antinormativa no sentido de contrariedade ao aspecto valorativo da norma).³³

O princípio da lesividade busca aplicar a sanção penal somente àquelas condutas merecedoras de um castigo, entendendo a sanção penal como medida proporcional a ser aplicada ao agente do crime. Partindo-se desse entendimento, tem-se que o direito penal, como última ratio a ser aplicada, deve atuar somente nos casos considerados relevantes, naqueles em que não é suficiente, para proteção ou reparação do bem jurídico tutelado, a condenação nas demais esferas, senão também pelo crivo do direito penal.

Nasce, assim, o conceito de bem jurídico-penal, limitando o campo de atuação do Estado, ao determinar a aplicação de sanções penais somente quando for necessária sua aplicação na reprovação das condutas tipificadas materialmente que lesionem ou coloquem em risco os bens relevantes para a esfera penal.³⁴

Neste contexto, o princípio da insignificância atuaria como complemento à esfera legislativa, na medida que evita o excesso estatal ao excluir a incidência do direito penal em condutas sem relevância jurídica, pois causam danos insignificantes ao bem jurídico tutelado.³⁵

³² MIR PUIG, Santiago apud BIANCHINI, Alice. Direito penal: introdução e princípios fundamentais. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.232.

³³ GOMES, Luiz Flávio. Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato. Revista Diálogo Jurídico. 2001, p. 145. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acessado em: 11 de março de 2022.

³⁴ Op, cit MIR PUIG, Santiago apud BIANCHINI, Alice, 2009, p.230/235.

³⁵ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.83.

3.2.3- Princípio da Subsidiariedade

Quando uma situação não pode ser solucionada por outras instâncias vigentes no ordenamento jurídico, deverá incidir a esfera do direito penal. Daí se dá o caráter subsidiário do direito penal, pois esta esfera somente será aplicada quando as demais áreas do Direito não puderem proteger o bem jurídico tutelado, caracterizando a última ratio do sistema jurídico.³⁶

3.2.4- Princípio da Última Ratio

Conforme mencionado, o direito penal consiste na última barreira presente no ordenamento jurídico brasileiro, e por essa razão, deve ser aplicado somente quando for o único capaz de proteger o bem jurídico tutelado, definindo uma punição correspondente à lesão a qual o bem jurídico foi submetido.

Esse princípio determina que o Direito Penal será aplicado quando for estritamente necessário, pois irá restringir direitos do agente do fato típico, não sendo admitida sua incidência quando a conduta foi insignificante ao direito penal, dando ensejo ao princípio da intervenção mínima.

3.2.5- Princípio da Interferência Mínima

“O Direito Penal é (...) a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falharem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc.”³⁷

Este princípio está diretamente ligado ao princípio da insignificância, pois embora a conduta praticada pelo agente preencha o tipo penal, sua sanção será desproporcional com relação à sua gravidade do dano causado ao bem jurídico, o que impede a incidência do ramo penal. A exclusão de competência dessa esfera não significa que o fato não será punido nas demais esferas, como a civil ou administrativa.

“O Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter

³⁶ PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p.25.

³⁷ ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Tradução: Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2000, p.65.

subsidiário), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter fragmentário).”³⁸

3.2.6- Princípio da Fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade consiste em um complemento do princípio da intervenção mínima, no qual a proteção, por parte do ramo do Direito Penal, somente seria necessária àqueles bens considerados de grande importância para o ordenamento e que sofressem lesões graves, devendo ser aplicada como última ratio.

“(...) o Direito Penal só deve atuar na defesa de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais”.³⁹

Isto quer dizer que o direito penal irá atuar em determinados fragmentos de antijuridicidade, nos casos considerados penalmente relevantes de proteção, visto que, o uso excessivo de sanção criminal “(...) condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa (...)”⁴⁰, deixando de cumprir o objetivo de recuperação do indivíduo.

Este princípio serve como fundamento para o princípio da insignificância, na “medida em que este só permite a apenação de condutas típicas que materialmente lesionem o bem atacado”.⁴¹ Esses institutos não se confundem, pois, a intervenção mínima classifica quais bens jurídicos serão objeto de proteção penal, atuando, portanto, na esfera legislativa. Enquanto que o princípio da insignificância atua na hermenêutica jurídica, pois analisa a tipicidade material de cada caso concreto, verificando a possibilidade de sua incidência ou não, de acordo com o preenchimento formal e material do tipo penal.⁴²

Dessa forma, com base no princípio da fragmentariedade, apenas as condutas intoleráveis e graves, que causem danos significativos aos bens jurídicos, são precedidas de uma sanção penal, dado que, nem toda violação a um bem jurídico tutelado deve ser criminalizada, em decorrência do mínimo grau de reprovabilidade da conduta.

³⁸ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.70.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.138/139.

⁴⁰ Idem, p.138.

⁴¹ SILVA, Ivan Luiz. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Curitiba: Ed Juruá, 2011, p.124.

⁴² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados especiais penais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.78.

Logo, "não outorga o direito penal proteção absoluta aos bens jurídicos (vida, integridade física, honra etc.), (...) Ou seja, não protege todos os bens jurídicos, e sim, os mais fundamentais, e nem sequer os protege em face de qualquer classe de atentados, mas tão só dos ataques mais intoleráveis. Daí dizer-se fragmentária essa proteção (caráter fragmentário), pois se concentra o direito penal não sobre um todo de uma dada realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade de que cuida, é dizer sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja absolutamente indispensável."⁴³

3.2.7- Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade está previsto no caput, do artigo 5, da Constituição Federal de 1988, determinando que todos são iguais, formalmente e materialmente, perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Ou seja, cada conduta delitiva típica receberá tratamento igual, no que diz respeito à reprovabilidade da conduta e à lesão causada ao bem jurídico tutelado. No entanto, na análise de suas circunstâncias particulares, deve receber tratamento desigual, em razão da incidência de fatos desiguais e de seus diferentes graus de lesividade e reprovabilidade, a depender do caso concreto.⁴⁴

Cada indivíduo possui condições sociais e econômicas distintas, o que leva a comportamentos e condutas distintas, motivadas e influenciadas por fatos multiconectados à situação do agente. Por isso, apesar da lei acolher algumas situações de relevância penal, aplicando sanções previstas no ordenamento jurídico criminal, deve sua necessidade passar por um juízo de censura estatal, com base na condição social e consenso geral da insignificância ou não da conduta no caso concreto.⁴⁵

A lei não deve ser aplicada em desrespeito à justiça, por essa razão, deve ser aplicado o princípio da insignificância, como forma de dar esse tratamento em virtude das circunstâncias do caso concreto, considerando a necessidade ou não da sanção penal de acordo com o grau de relevância do caso concreto à esfera penal, devendo abster-se de aplicar a sanção nos casos em que entender pela insignificância da conduta.⁴⁶

⁴³ QUEIROZ, Paulo. "Princípio da Insignificância." São Paulo, setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/476/>>. Acesso em: 08/06/2021.

⁴⁴ Idem, p.127.

⁴⁵ Op, cit. LOPES, 1997, p.49/53.

⁴⁶ Op, cit. SILVA, 2011, p.126/128.

3.2.8- Princípio da Proporcionalidade

Chamado também de proibição de excesso, esse princípio procura evitar a interferência desnecessária da esfera penal no processo de proteção do bem jurídico tutelado. Este princípio busca orientar, de forma adequada, os meios empregados pelo legislativo aos fins pretendidos, além de atuar diretamente na atenuação da pena.⁴⁷

O fundamento deste princípio está previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, prevendo no artigo 8 que:

Artigo 8º- A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

“Trata-se então de ‘uma concordância material entre acção e reacção, causa e consequência, delito e consequência jurídico penal. Constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionais’”.⁴⁸ “A proporcionalidade deve ser obedecida tanto na elaboração, como na aplicação e na execução da lei penal. Sendo assim, o princípio restará descumprido quando o legislador criar ou majorar determinada figura delitiva, fixando, desproporcionalmente, uma reprimenda penal elevada.”⁴⁹

A violação pode ocorrer com o excesso de reprimenda penal ou pela proteção estatal ineficiente dos bens jurídicos tutelados. O próprio inciso V, do artigo 5, da Constituição Federal de 1988, assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo. À vista disso, a resposta estatal, por meio da sanção criminal prevista no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser proporcional à prática do crime cometido e às condições pessoais do sujeito, não podendo a sanção criminal ser mais severa do que à reprovabilidade da conduta, pois estaria violando o direito fundamental da dignidade humana.

Nota-se, que o ordenamento jurídico nacional não admite a fixação de penas que impliquem em uma violência desproporcional aos direitos fundamentais do homem, caso contrário, a violação desse princípio afastará a legitimidade do direito penal.

Em vista disso, se a conduta do agente for entendida como insignificante para a esfera penal, não apresentando risco ou lesão relevante ao bem jurídico tutelado, deverá ser afastada

⁴⁷ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.134.

⁴⁸ HASSEMER, Winfried apud PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.141.

⁴⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, p.77.

a tipicidade material, e conseqüentemente a sanção penal, pois qualquer resposta estatal, como pena imposta ao crime cometido, será excessiva, caracterizando o abuso de poder estatal, expressamente vedado pelo direito brasileiro.

Por essa razão, este princípio e o da insignificância se relacionam na medida em que incidem sobre as condutas humanas penalmente insignificâncias, evitando a caracterização do abuso de poder estatal nos casos irrelevantes ao direito penal, agindo com proporcionalidade na análise do fato praticado e na resposta jurídica a ser aplicada.⁵⁰

3.2.9- Princípio da Adequação Social

Conforme mencionado, o direito penal deve incidir somente quando reconhece a relevância do caso concreto, mesmo entendimento do princípio da adequação social, determinando que tão só haverá tipicidade do fato quando houver relevância social. Este princípio incide nas condutas delitivas praticadas em razão da condição de vida social do agente, tendo sido necessária a afetação a um bem jurídico tutelado como forma de alcançar uma utilidade social.⁵¹

“O certo é que as imprecisões semânticas e terminológicas do critério da “adequação social” - diante das mais variadas possibilidades de sua ocorrência - desaconselham utilizá-lo como único critério delimitador da tipicidade de uma conduta, sendo recomendável complementá-lo por meio de outros que sejam mais exatos. (...) a adequação social não deixa de ser um princípio relativamente inseguro, razão pela qual só em última instância deveria ser utilizado”.⁵²

Daí nasce a importância do estudo do princípio da insignificância e seus critérios de incidência a depender das circunstâncias do agente e do caso concreto. Esses dois princípios atuam como regra auxiliar de interpretação, na determinação do injusto, devendo o direito penal ir “até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.”⁵³

Logo, acabam por se complementar e se ajustar à tipicidade material do tipo penal, permitindo que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal, caracterizando um fato

⁵⁰ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.135/136.

⁵¹ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal: parte geral, arts. 1.º ao 120. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.179/180.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.59.

⁵³ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p.133.

atípico, mas que ainda pode receber tratamento de ilícito nas demais esferas, como civil ou administrativo, quando exigirem os preceitos legais e extrapenais.⁵⁴

3.3.10- Princípio da Dignidade Humana

A dignidade humana consiste em “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, (...), constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade”⁵⁵

Logo, sob o viés do princípio da dignidade humana, previsto no inciso III, do artigo 1 da Constituição Federal⁵⁶, é dever do ordenamento jurídico garantir os direitos fundamentais do ser humano, buscando seu bem-estar e a proteção de seus direitos. O Direito Penal “(...) deve ocupar o centro das atenções do Estado, (...) para a manutenção da paz social, deve somente proibir os comportamentos intoleráveis, lesivos, socialmente danosos, que atinjam os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.”⁵⁷

Por isso, nas condutas delitivas onde se reconheça a insignificância ao direito penal, deve-se aplicar o princípio da insignificância, como forma de evitar a incidência desproporcional de uma resposta jurídica em relação à conduta delitiva, com respaldo no princípio da dignidade humana, que tem como finalidade “consagrar e garantir o primado dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas a eles lesivas, como também propiciar condições para que sejam respeitados, inclusive com a eventual remoção de obstáculos à sua total realização.”⁵⁸

3.3.11- Princípio da Irrelevância do Fato Penal

Cabe ressaltar que o princípio da insignificância não se confunde com o princípio da irrelevância penal, em que as infrações adquirem caráter insignificante em razão de alguma circunstância do fato, consistindo em causa excludente da punibilidade. O princípio da

⁵⁴ Ob, cit. TOLEDO, 1994, p.134.

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, p.128.

⁵⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

⁵⁷ GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 6.ed. Niterói: Impetus, 2011, p.30.

⁵⁸ PRADO, Regis. Curso de Direito Penal brasileiro 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 164/166.

insignificância consiste em causa excludente de tipicidade, pois considera a conduta materialmente atípica e a sanção penal a ser aplicada como medida desproporcional no caso concreto.

O princípio da insignificância caracteriza um princípio norteador do Direito penal mínimo, pois não havendo ofensa significativa ao bem jurídico tutelado, a sanção criminal aplicada será extremamente desproporcional. Por isso, uma conduta insignificante ao Direito Penal não pode ter uma sanção penal desproporcional e que viole o direito fundamental do sujeito, visto que, a sanção é a última medida de controle social.

3.3.12- Princípio da Individualização da pena

De acordo com Roberto Lyra, “um velho juiz confessou, certa vez, que, “(...) seja qual for a prova, sempre se encontra razão para absolver ou condenar. (...) Exatamente porque a lei penal não armava o juiz de meios para individualizar a pena, avultaram as desvirtuações do arbítrio judicial.”¹⁰

Somente após a reforma da parte geral do Código Penal de 1984, que permitiu a fixação de medidas que acabam por trazer maior segurança jurídica, ao permitir o completo conhecimento da análise realizada pelo juiz, que irá fundamentar a decisão conforme as circunstâncias do caso concreto, e o conhecimento dos elementos considerados na dosimetria da pena, evitando-se o bis in idem.

Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro determina no inciso XLVI, do artigo 5, da Constituição Federal de 1988, que “a lei regulará a individualização da pena (...)”. “(...) tornar individual uma situação, algo ou alguém, (...) particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim possui o enfoque de, evitando estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.”⁵⁹

Em vista disso, têm-se que o princípio da individualização da pena busca evitar a padronização da sanção penal, entendendo que cada caso concreto terá uma sanção penal específica de acordo com as circunstâncias do caso e do agente, o grau de lesividade do bem jurídico tutelado e os efeitos da conduta delitiva.

Corroborando este entendimento, o artigo 5 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) determina que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.”, determinada pelo juízo

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.30.

da execução criminal, possibilitando a progressão de regime a um mais brando e aplicação dos benefícios legais, como livramento condicional, remição, a depender das particularidades do caso.

Além disso, a execução penal é realizada conforme as condições pessoais de cada indivíduo, não sendo cabível tratar igualmente todos os presos sem considerar suas circunstâncias e limitações particulares. Portanto, cabe à discricionariedade do juiz ou tribunal analisar as circunstâncias do caso concreto e estabelecer a sanção penal a ser aplicada e a forma de seu cumprimento.

Logo, “a fixação da pena é o marco principal de todo o processo penal, onde se encontram entrelaçadas as garantias da análise crítica das provas, obtidas com apoio nos direitos fundamentais, a valoração do bem jurídico protegido, contido no tipo penal, e a finalidade de reprovação, ou censura da conduta, que causou o dano social relevante”.⁶⁰

“(...) ao conceder poderes discricionários ao juiz, na gradação da pena, para atender aos postulados da individualização judiciária da sanção penal, outorgou-lhe arbitrium regulatum”.⁶¹ Ou seja, a individualização da pena tem sua atuação limitada pelos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, e principalmente os do Direito Penal, que detém como finalidade a proteção dos bens jurídicos tutelados.

Fundamenta-se, portanto, nos elementos indicados em lei.⁶² “A padronização da pena é injusta e contrária ao princípio constitucional da individualização, de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante.”¹⁷, visto que, constitui uma ofensa ao Estado Democrático de Direito, violando diversos princípios previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

4- Breve introdução à Teoria do Delito

4.1- Teoria Causalista da Ação (Von Liszt e Beling)

Em meados do século XIX, surge a teoria causalista da ação, baseada na lei da causalidade, onde todo efeito possui causa fisicamente possível, existindo uma relação de causa e efeito. Assim, a ação compreenderia somente a vontade exteriorizada pelo indivíduo. Portanto, a troca do paradigma idealista hegeliano pelo positivista naturalista substitui o

⁶⁰ CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. Culpabilidade e reprovação penal. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p.152.

⁶¹ MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal. Campinas: Millennium, 1999. Volume III, p.327.

⁶² Op, cit. NUCCI, Guilherme de Souza, p.163.

delito, como expressão de sentido, para um acontecimento externamente perigoso, que fere os bens jurídicos protegidos.

Grandes pensadores dessa teoria foram Franz Von Litz e Ernst Von Beling. Franz von Litz definia a teoria da ação como causa voluntária, constituída por três elementos: a vontade, modificação no mundo exterior, podendo ser reunidas no conceito de manifestação da vontade, e o nexo de causalidade, ligando a ação ao resultado. Em outras palavras, é o “movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior. A manifestação de vontade, o resultado e a relação de causalidade são os três elementos do conceito de ação”.⁶³

No mesmo sentido, à luz de Franz von Litz:

Ação é (...) o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: cogitationis poenam nemo patitur.⁶⁴

Logo, a manifestação de vontade do sujeito é toda a ação ou omissão motivada pelo agente que deve realizar uma modificação no mundo exterior. Dessa maneira, é possível distinguir três elementos presentes na teoria causalista da ação, que seria a vontade objetivada, a modificação no mundo exterior e o nexo de causalidade, como citado anteriormente. O movimento corpóreo define a conduta como exclusiva do homem e a impossibilidade da pessoa jurídica como sujeito ativo do crime.

O objetivo da teoria causalista é imputar os juízos objetivos ao fato típico e antijurídico e os juízos subjetivos à culpabilidade, classificando uma separação entre fase objetiva e subjetiva. Toda fase subjetiva deve ser analisada na culpabilidade, deve-se deslocar a vontade da ação para a culpabilidade, esvaziando, dessa forma, o conteúdo da ação.

O esvaziamento do conteúdo da ação, para Franz von Litz, se baseia na concepção de voluntariedade, seja na comissão ou omissão, estando ligada à ideia de domínio do corpo. Já o nexo causal é definido como uma ligação entre a conduta e o resultado do agente, que consiste na mudança causada no mundo exterior, ocasionando um fenômeno perceptível, caracterizado por tudo aquilo que fosse percebido com os sentidos e entendido por meio da observação.

Vê-se, que a teoria causalista da ação pretendeu solucionar os problemas jurídicos pelo Direito positivo, estruturando o fato típico com um tipo objetivo descritivo, a antijuridicidade

⁶³ Op cit. BITENCOURT, Cezar Roberto. 2013, p.242.

⁶⁴ VON LISZT, Franz. Tratado de direito penal alemão. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889. t. I, p.193.

como objetivo normativo e a culpabilidade como subjetivo descritivo, sendo o tipo e a tipicidade a representação do caráter externo da ação.

Contudo, a crítica que se faz à teoria causalista da ação é que ela acaba por esvaziar o conteúdo da vontade, onde os pensadores dessa teoria se preocupam em separar todos os juízos objetivos dos subjetivos, como se existisse uma separação perfeita. Esta teoria não distingue a conduta dolosa ou culposa, visto que ambas são analisadas objetivamente pela teoria.

Ou seja, há a impossibilidade de explicação dos crimes omissivos, dos culposos e dos tentados, em decorrência do esvaziamento do conteúdo da vontade do agente, pela caracterização do resultado dever ser uma modificação no mundo exterior, possuindo natureza exclusivamente objetiva.

4.2- Teoria Neokantista (Mezger)

No século XX, surge o conceito neoclássico do delito, que também se fundamenta na teoria causal da ação, no entanto, apresenta modificações em relação ao naturalismo. Ou seja, apesar da teoria neoclássica manter a vinculação entre a conduta e o resultando, sendo seu sistema denominado causal, acaba por abandonar o conceito de ação naturalístico da teoria causalista da ação. Os principais colaboradores da criação da teoria neoclássica foram Max Ernst Mayer, Edmund Mezger e Reinhard Frank, inspirados pela corrente filosófica do neokantismo, que retornava aos princípios de Kant.

A normatização do Neokantismo habilita a teoria neoclássica como um sistema de valores, onde ocorre a substituição dos elementos formais descritivos por elementos materiais, elementos esses que proporcionam um juízo de valor. Estes são denominados de elementos normativos. Segundo Bittencourt, “o conceito neoclássico corresponde à influência no campo jurídico da filosofia neokantiana, dando-se especial atenção ao normativo e axiológico.”

Dessa maneira, o conceito de ação passa a se orientar por critérios axiológicos, obtendo melhor compreensão e aplicabilidade sobre o estudo da conduta humana, no que diz respeito ao comportamento humano voluntário que cause um resultado, produzindo efeitos no mundo exterior, caracterizando a ação.

Diferentemente da teoria causalista, a tipicidade e antijuridicidade eram categorias jurídicas autônomas, com funções distintas, mas a teoria neokantista rompe este entendimento, fazendo surgir a conclusão de que há uma relação entre a tipicidade e a antijuridicidade. Dessa forma, todo tipo penal é um tipo injusto, pois foi descrito como fato

típico proibido pelo Direito Penal. Contudo, os neokantistas não definiram um consenso da intensidade do vínculo existente entre a tipicidade e a antijuridicidade, segundo Welzel, dessa maneira, a tipicidade é o motivo de conhecer a antijuridicidade.

Na teoria neoclássica, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são orientadas por critérios axiológicos, por isso a tipicidade e antijuridicidade passam a ser materiais e a culpabilidade a ser normativa. Segundo Bittencourt, o novo entendimento da antijuridicidade passou a classificar o injusto de acordo com a gravidade da lesão produzida, deste modo, se não houver lesão de algum interesse não houve fato qualificado como antijurídico.

Logo, inseriu na culpabilidade, como parte normativa do delito e manifestada por meio da imputabilidade pelo dolo e pela culpa, um elemento não existente na teoria causalista da ação, a exigibilidade de conduta diversa, determinando que uma pessoa não pode atuar culpavelmente se não era possível exigir-lhe conduta diversa da qual realizou.

4.3- Teoria Finalista

A conduta humana na teoria finalista da ação atua como pedra angular do conceito analítico de crime, sendo a principal causa para a reelaboração conceitual da teoria. Por essa razão, Hans Welzel elaborou essa teoria buscando romper com o direito penal nazista e valorizar o caráter ético-social. Dessa maneira, Welzel considerava necessário modificar a dogmática da teoria neokantista, por meio de estruturas lógico objetivas, para atuarem como limites.

Na teoria finalista da ação se caracteriza por duas fases, a primeira que ocorre no âmbito do pensamento, que é o fim que o agente almeja, os meios que este adotou para a realização do fim e os possíveis resultados secundários como efeitos colaterais da ação do sujeito, e a outra fase ocorre no mundo real, onde a ação do agente se consuma, entretanto, caso não alcance o domínio final de sua vontade, a ação é somente tentada.

A visão finalista se difere da causalista no sentido que, nesta última, permanece a ideia do ato de vontade do agente, enquanto que a teoria finalista faz o uso do ato de conhecimento. Assim, a ação humana é um acontecimento final e não causal, sua finalidade está baseada na capacidade da vontade humana de prever, dentro de um limite, as consequências possíveis de sua ação.

Quando a ação do agente tem fundamento na vontade dirigida a um fim, este age com dolo, elemento subjetivo e integrante do fato típico. Dessa maneira, o dolo e a culpa passam a estar inclusos na tipicidade e a culpabilidade deixa de ter aspectos psicológicos, passando a

ser somente normativa, e a imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa tornam-se elementos dessa estrutura da teoria finalista do crime.

4.3.1- Elementos do crime

A teoria do crime se ocupa, basicamente, em explicar o conceito geral de crime, atendendo sua função prática ao estudar a aplicação do delito no caso concreto. Constitui uma “parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter qualquer delito.”⁶⁵

Parte de um direito positivo, facilitando a execução das regras jurídicas que regulam a responsabilidade penal do sujeito. Diferentemente dos demais países, o direito penal brasileiro adotou a concepção dualista para a infração penal, sendo crime e delito sinônimos, considerando a mesma pena a ser aplicada.⁶⁶ A norma do sistema normativo prescreve, portanto, um determinado comportamento proibido, imposto pelo legislador de forma *stricto sensu*.

A atual definição de crime sofreu influência do método analítico, que procura esmiuçar o crime, sem lhe causar rupturas, demonstrando seus elementos de forma unitária, sendo necessário, para melhor efeito de estudo, fragmentar o conceito de crime em: sua tipicidade, adequação social com o descrito em lei, antijuridicidade, ato que qualifica fato contrário ao Direito, e a culpabilidade, caracterizando a reprovação moral da conduta do sujeito que optou em agir em contrariedade com o Direito.

Importante mencionar que a punibilidade do agente não é um elemento do crime, pois este ainda existirá independentemente desta. A punibilidade pode vir a existir como resultado da prática do crime, caso o julgador entenda necessário, configurando uma última medida de garantir a proteção e/ou reparação do bem jurídico tutelado.⁶⁷

As definições atuais do elemento constitutivo de crime nem sempre se configuraram dessa forma, sofreram modificações derivadas dos reflexos das demais concepções penais acerca da conduta humana. Por isso, a ordem apresentada no conceito atual de crime possui um antecedente lógico, onde a tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade estão ligadas, onde cada elemento do delito posterior pressupõe o anterior. Todos esses elementos juntos

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio, PIERANGELI, José. Manual de Direito Penal – parte geral. Ed 4º, Tribunais, 2001, p.384.

⁶⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, v.1. 12ª Ed. Niterói. Impetus, 2011.

⁶⁷ MASSON, Cleber. direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120) / Cleber Masson. — 10. ed. — Método, 2015, p.201.

caracterizam o Conceito Analítico de Crime Tripartido Finalista, conceituando-se com o fato típico, antijurídico e culpável.⁶⁸

4.3.1.1- Fato Típico

O fato típico consiste na realização da conduta tipificada em lei penal. É a ação humana que preenche o tipo penal descrito na lei como crime. Logo, sem este elemento não haverá o que se observar nos demais elementos do crime, pois a conduta será atípica em razão da ausência de elementos necessários, quais sejam, a conduta, resultado, relação de causalidade ou nexo causal e a tipicidade.⁶⁹

A conduta delituosa, exclusiva da pessoa física, conforme determina o ordenamento penal brasileiro, salvo no contra os crimes ambientais, é o primeiro elemento do fato típico, caracterizado por toda ação e comportamento humano ativo, comissivo ou passivo, enquadrando-se ainda como doloso ou culposos a depender do caso concreto.⁷⁰

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro foi omissos quanto a definição de ação e omissão, cabendo à doutrina trazer uma solução para esse problema, conceituando os elementos do fato típico⁷¹, ao definir a conduta, comissiva ou omissiva, como uma atitude humana, consciente e voluntária destinada a um fim, podendo ser tanto contrária como conforme o ordenamento jurídico, a depender do elemento subjetivo, o dolo ou a culpa.⁷²

A conduta comissiva é a ação humana que gera alguma mudança no mundo externo, enquanto que a omissão é a ausência de ação quando necessária para desencadear uma mudança no mundo externo. Além disso, as condutas classificadas em dolosas, são toda vontade humana destinada a um fim, e as classificadas em culposas é ação ou omissão sem intenção, mas que gerou um resultado no mundo externo por imprudência, negligência ou imperícia.⁷³

O ordenamento jurídico penal permite a exclusão da conduta tipificada, em: caso fortuito e força maior, sendo impossível prever o resultado, quando correm movimentos reflexos, no qual o indivíduo não possui controle ou vontade, como sonambulismo ou hipnose, ou sob coação física irresistível.

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, 1. – 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012.

⁶⁹ JESUS, Damásio – direito penal – parte geral, ed 36, Saraiva. 2015.

⁷⁰ Op cit. GRECO, Rogério, 2011.

⁷¹ Op cit. BITENCOURT, Cezar Roberto. 2012.

⁷² Op cit. MASSON, Cleber, 2015.

⁷³ Op cit. GRECO, Rogério, 2011.

O segundo elemento do fato típico é o resultado, que consiste na modificação causada no mundo exterior pela conduta humana produzindo efeitos. Em outras palavras, “(...) o resultado é a transformação operada por ela, é o seu efeito, dela se distinguindo.”⁷⁴ Pode ser dividido em duas espécies, resultado jurídico ou resultado normativo.

O resultado jurídico é todo risco ou lesão gerada a um bem jurídico tutelado pela lei, em razão do descumprimento da lei penal, enquanto que o resultado normativo consiste na mudança causada no mundo exterior. Toda conduta humana terá um resultado jurídico, mas pode não haver um resultado normativo, visto que, esta deriva da tipicidade material do delito.

A tipicidade, terceiro elemento, é o preenchimento do fato típico previsto na lei penal pela conduta praticada pelo agente, caracterizando a tipicidade formal, e se colocar em risco ou causar lesão a algum bem jurídico tutelado caracteriza a tipicidade material. Portanto, somente poderá identificar a tipicidade quando existir uma ligação entre a conduta realizada e o resultado provocado por esta no mundo exterior, sendo o nexo causal o quarto elemento do fato típico, que dará ensejo à incidência da imputação de uma sanção em razão do descumprimento da lei penal.⁷⁵

4.3.1.2- Antijuridicidade

A antijuridicidade consiste na prática de condutas contrárias ao ordenamento jurídico, colocando em risco ou causando lesões aos bens jurídicos penalmente tutelados. Esta pode ser formal, quando a conduta praticada vai em desacordo com a lei penal, ou material, quando a conduta humana da ação delitiva é analisada sob aspecto social.⁷⁶ Apesar de toda conduta tipificada consistir em um ilícito, há situações em que o ordenamento jurídico poderá considerar aquela conduta como lícita, em razão das circunstâncias particulares do caso concreto.

Algumas dessas situações estão previstas no direito penal brasileiro, especificamente no artigo 23 do Código Penal, e constituem causas excludentes de ilicitude, que são: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, e o exercício regular de um direito.

O estado de necessidade, previsto no artigo 24, do supracitado código, é a conduta realizada pelo agente “para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem

⁷⁴ Op cit. JESUS, Damásio. 2015, p.283.

⁷⁵ Op cit. MASSON, Cleber, 2015.

⁷⁶ Op cit. GRECO, Rogério, 2011.

podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

Em outros termos, uma situação de extrema necessidade faz com que o indivíduo preencha o tipo penal. Por essa razão, o direito penal deve descaracterizar como um ilícito a conduta do agente, que só agiu como forma de proteger um bem jurídico pessoal ou de terceiros, desde que este não tenha provocado a situação danosa e o bem ameaçado seja de inferior ou de igual valor.

Essa causa excludente pode ser amparada por duas teorias, a unitária, que exclui toda a antijuridicidade da conduta independentemente do valor do bem lesado⁷⁷, e a diferenciadora, que difere a importância dos bens jurídicos em conflito, havendo a exclusão da antijuridicidade se um for de menor valor em comparação ao outro bem jurídico, ou a exclusão da culpabilidade quando os bens jurídicos em conflito forem da mesma amplitude.⁷⁸

O ordenamento penal brasileiro adotou a teoria unitária, aplicando a exclusão da antijuridicidade em estado de necessidade, salvo em relação ao código penal militar, que adotou a teoria diferenciadora. O direito penal determina que o perigo deve ser atual ou iminente, não podendo ser reconhecido o estado de necessidade quando o perigo for futuro, ou seja, perigo que ainda não ocorreu mas há risco de vir a acontecer.

Essa situação traduz a ausência de justiça, conforme entende a doutrina majoritária, pois há uma obrigação imposta ao agente em ter que esperar que o perigo se torne atual, para que, dessa maneira, possa agir como forma de proteger seu ou direito alheio.⁷⁹

Já a legítima defesa consiste na segunda excludente de antijuridicidade, intrinsecamente ligada à defesa, de direito próprio ou alheio, aplicada contra uma injusta agressão, utilizando, com moderação, os meios necessários para defesa contra a agressão sofrida. Como terceira excludente temos o estrito cumprimento do dever legal, destinada obrigatoriamente a funcionários públicos de determinados cargos ou ao sujeito particular, quando realizar uma conduta que, embora tipificada em lei como crime, possui amparo no exercício regular do direito, sendo facultado ao indivíduo exercer tal direito, devendo atuar dentro das regras técnicas vigentes.⁸⁰

⁷⁷ Op cit. GRECO, Rogério, 2011.

⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal – parte geral. V. 3. São Paulo: RT, 2004.

⁷⁹ Op cit. JESUS, Damásio. 2015.

⁸⁰ Op cit. MASSON, Cleber, 2015.

4.3.1.3- Culpabilidade

Esse elemento acaba por gerar um conflito entre duas teorias, a bipartida e tripartida, entendendo alguns doutrinadores que este constitui um pressuposto da pena, enquanto outros o enxergam como elemento construtivo do crime, não havendo no que se falar em delito caso haja sua exclusão.

“A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu”.⁸¹ Melhor dizendo, “o juízo de reprovação da culpabilidade (que é feito pelo juiz e que recai sobre o agente do fato punível que podia agir de modo diverso) tem por fundamentos: a capacidade do agente de querer e de entender as proibições jurídicas em geral (imputabilidade), a consciência da ilicitude do fato concreto (real ou potencial) e a normalidade das circunstâncias do caso concreto (exigibilidade de conduta diversa).”⁸²

No mesmo sentido manifestou-se o STF:

A circunstância judicial atinente à culpabilidade relaciona-se à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade diante dos elementos concretos disponíveis nos autos, e não à natureza do crime. (...). (STF. RHC 107213, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 07/06/2011, p. 22-06-2011)

A análise concreta e fundamentada da culpabilidade, que permita ao julgador identificar a reprovabilidade da conduta, deve levar em conta as circunstâncias do delito e as condições do agente delitivo. Dessa maneira, a jurisprudência determinou hipóteses capazes de auxiliar na valoração negativa dessa culpabilidade, que são: premeditação, ser membro de organização criminosa, o modus operandi, utilização de violência exacerbada, uso de arma branca, a condição social do agente, idade, mau uso de conhecimento técnico, entre outros.

Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, somente haverá a exclusão da culpabilidade quando o agente for inimputável em razão de doença mental, desenvolvimento mental retardado, desenvolvimento mental incompleto ou por embriaguez acidental completa, quando não tiver a potencial consciência da ilicitude, agindo em erro, ou quando estiver sob coação moral irresistível ou obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal, na qual o agente deve, perante a lei, obedecer seu superior. Em vista disso, se a ordem não for

⁸¹ STJ. HC 363.948/SP, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016. STJ. HC 382.173/RJ, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Julgado em 16/5/2017, DJe de 24/5/2017.

⁸² Op cit. GOMES, Luiz Flávio. 2004, p.17.

manifestamente ilegal, o agente será isento de pena, caso contrário responderá também pela ilicitude do fato.⁸³

No que diz respeito à imputabilidade do menor de 18 anos, o Brasil adotou a condenação do agente por ato infracional, e não por fato criminoso, definindo um critério biológico para determinar a culpabilidade com relação à conduta ilícita praticada.

4.4- Teoria Social

Importante mencionar a existência de uma quarta teoria foi criada como forma de complementar as outras teorias, entendendo serem insuficientes para conceituar a conduta humana. De acordo com essa teoria, o aspecto fundamental da definição da conduta seria a questão social vivenciada pelo agente, sendo socialmente relevante a proteção do bem jurídico quando a conduta praticada afetasse a relação com a sociedade na qual está inserido.⁸⁴

Isto quer dizer que, toda conduta humana consiste em uma atividade social, podendo assumir caráter juridicamente relevante, de acordo com os padrões axiológicos de cada época.⁸⁵ É necessário a consciência da realidade fática de cada indivíduo, caracterizada pelos acontecimentos e suas consequências dentro das relações sociais que o cercam.

“Na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes da sua vontade, (...) Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência. Em uma certa etapa de seu desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou, o que nada mais é do que a sua expressão jurídica, com as relações de propriedade dentro das quais aquelas até então se tinham movido. (...) Assim como não se julga o que um indivíduo é a partir do julgamento que ele faz de si mesmo, da mesma maneira não se pode julgar uma época de transformação a partir de sua própria consciência; ao contrário, é preciso explicar essa consciência a partir das contradições da vida material, a partir do conflito existente entre as forças produtivas sociais e as relações de produção.”⁸⁶

Sem essa compreensão torna-se impossível a aplicação da teoria social na análise do caso concreto, pois embora todos os indivíduos sejam elementos de uma totalidade, são

⁸³ Op cit. BITENCOURT, Cezar Roberto, 2010.

⁸⁴ Op cit. MASSON, Cleber, 2015.

⁸⁵ Op cit. GRECO, Rogério, 2011, p.149.

⁸⁶ Marx, Karl. Para a crítica da economia política. – São Paulo: Abril Cultural, 1982., p.25/26.

diferentes dentro de uma mesma unidade.⁸⁷ Por causa disso, deve o ordenamento jurídico executar decisões mais próximas do ideal, com base na situação social do indivíduo, buscando evitar a aplicação desproporcional e desnecessária do poder estatal nos casos considerados irrelevantes ao direito penal.

Essa análise é de extrema importância na concretização dos princípios limitadores consagrados, além de impedir a incidência injusta dos efeitos que a condenação da conduta delitiva traz à vida do agente. A sociedade deve assumir, como fundamento da análise teórica social, a condição da vida social do autor do crime, sendo este o ponto de partida na concretização de um ordenamento jurídico ideal e justo, visto que, ainda que o legislador seja livre para adotar outras medidas de acesso a esse objetivo na sociedade, seus resultados podem não ser suficiente na constante dinâmica social.

Quando analisamos um dado fato, do ponto de vista macro, começamos pela população, considerando sua divisão de classes, situação econômica e internacional. Por isso, não é possível que o juízo expresse uma preferência pessoal ao limitar requisitos fechados para aplicação do princípio da insignificância, desconsiderando as diversas circunstâncias de cada caso concreto.

Para reproduzir, com veracidade, este sistema ideal, deve o julgador ter como fundamento a situação social de cada indivíduo como imperativo na análise da relevância ou não do caso ao direito penal. Se a análise começasse pela sociedade, estaríamos diante de uma representação caótica do todo, porém, cada circunstância do caso concreto tornaria a análise mais precisa, pois permitiria a desconsideração de certas abstrações insignificantes, chegando em conceitos mais simples para a aplicação do princípio ou não.

Alcançando esses conceitos, retornaria novamente à sociedade, mas não como uma representação caótica do todo, mas sim como uma complexa totalidade de determinações e relações diversas que incidem sobre a conduta delitiva praticada pelo agente. Logo, o real e o concreto servem como dados que permitem a exclusão de elementos irrelevantes ao direito penal, pois é a síntese de diversas determinações, aparecendo como resultado.

Deve-se conhecer as peculiaridades que constituem a articulação interna da sociedade, as formas e modos de ser, as determinações de existência, caracterizando frequentemente os aspectos isolados de uma sociedade determinada. Em outras palavras, apesar do ordenamento

⁸⁷ PAULO NETTO, José. Introdução ao Estudo de Marx. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011, p.39. Citação de Karl Marx, 1982.

jurídico conhecer a conduta delitiva, no caso concreto, sua materialidade ou relevância penal são inexistentes ou atrofiadas.

5- Análise do Princípio da insignificância

“À luz da nova abordagem garantista e limitadora do sistema penal, o enquadramento de tais condutas no domínio de ação do direito penal (e sua consequente punição propriamente jurídico-penal, que se pressupõe mais severa e gravosa para o réu, em comparação com as consequências de um ilícito civil ou administrativo) passou a gerar uma sensação de desconforto teórico, de que algo estava fora de lugar na dogmática penalista, sem falar obviamente da relevantíssima questão prática de se ter de mobilizar a máquina estatal punitiva contra condutas de pouca ou nenhuma relevância. (...), no entanto, (...) era difícil justificar sua exclusão do domínio penal sem violar a sistematicidade da teoria do delito e da ciência penal em geral: aplicando-se o que se sabia de dogmática penal, tais condutas – se efetivamente típicas, antijurídicas e culpáveis – eram crimes e tinham de ser punidas com as penas da lei, visto que causavam danos a bens jurídicos, ainda que danos muito diminutos. Na tentativa de oferecer uma solução técnico-jurídica a esse impasse, em meados dos anos 80 popularizou-se na penalística brasileira o chamado princípio da insignificância.”⁸⁸

5.1 - Terminologia

Inicialmente, é importante diferenciar a terminologia do crime de bagatela do princípio da insignificância. Uma parte da doutrina refere-se ao instituto como princípio da bagatela⁸⁹, outros como princípio da falta de relevância social⁹⁰, mas a doutrina majoritária o chama de princípio da insignificância, e o mesmo será tratado neste trabalho.

“Tais termos não são expressões sinônimas de um mesmo instituto jurídico-penal, pois o Princípio da Insignificância é espécie de norma jurídica – princípio jurídico – aplicável na solução de casos concretos onde se verifica a ocorrência de um crime de bagatela, que é uma infração penal que provoca escasso ou insignificante dano ao bem jurídico atacado”.⁹¹

Ainda que, “(...) em nome da democratização e humanização do Direito Penal, lançam-se a defender a existência de um procedimento menos rígido (...) ou até o mais

⁸⁸ CASTRO, Alexander de. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: Análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica. (1964-2016). Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 74, p.45, jan./jun. 2019.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal 1: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.51.

⁹⁰ BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁹¹ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.88.

liberais, admitindo um sistema de penas menos severo, (...)”⁹² a doutrina e jurisprudência continuam insistindo “(...) em incluir delitos de nenhuma repercussão social na categoria constitucional infrações penais de menor potencial ofensivo.”⁹³

O crime de bagatela constitui todas as infrações penais em que “há um pequeno ato condenável, uma ilicitude insignificante, uma pequena culpa de ‘pequena criminalidade’”⁹⁴, no qual pode incidir a aplicação do princípio da insignificância, como forma de evitar a condenação desnecessária de um fato irrelevante para esfera penal.

São institutos distintos nos quais o princípio da insignificância é “aplicável na solução de casos concretos onde se verifica a ocorrência de um crime de bagatela, que é uma infração penal que provoca escasso ou insignificante dano ao bem jurídico atacado”.⁹⁵

5.2- Conceito

Os tipos penais são conceitos abstratos e limitados pelos tipos permissivos, como as causas de justificação. “(...) seria fazer com que uma pessoa que age de acordo com os padrões vigentes na sociedade em que vive tenha que se justificar acerca de uma conduta desprezada ou até aceita pelos outros”.⁹⁶

“O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devem ser estranhos ao direito penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade. A concepção material do tipo, em consequência, é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal.”⁹⁷

⁹² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados especiais penais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.35.

⁹³ Idem, p.35.

⁹⁴ CORNEJO, Abel apud SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.91.

⁹⁵ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. Curitiba: Juruá, 2004, p.82.

⁹⁶ VICO MAÑAS, Carlos. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p.53.

⁹⁷ Idem, p.53/54.

A configuração da tipicidade exige a ofensa significativa aos bens jurídicos tutelados, de forma que configure o fato típico relevante à esfera penal.⁹⁸ Em vista disso, embora haja tipicidade formal da conduta praticada pelo sujeito, ou seja, ainda que a conduta constitua crime por estar descrita na norma penal incriminadora, se não há tipicidade material, pois a lesão ou exposição bem jurídico a um perigo é irrelevante ao direito penal, não havendo, portanto, necessidade de punir penalmente o indivíduo que a praticou, devendo por essa razão aplicar o princípio da insignificância.

Este instituto busca evitar que o direito penal incida sobre condutas insignificantes penalmente, onde a aplicação da sanção penal será desproporcional à gravidade da lesão causada. Reconhecida a insignificância penal do caso concreto, deve-se afastar a tipicidade penal, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal.⁹⁹

De acordo com o entendimento da doutrina majoritária, a natureza jurídica do princípio da insignificância, na esfera do Direito Penal, é afastar o Direito Penal, buscando evitar a movimentação dos meios judiciais com uma repressão desnecessária.

Para que ocorra a proteção pelo Direito Penal, o bem jurídico deve sofrer um ataque suficientemente lesivo e reprovado socialmente, visto que, o Direito Penal constituiu a última ratio a ser aplicada, por ser mais danosa ao indivíduo, não sendo recomendado sua aplicação quando a tipicidade da conduta atingir de forma ínfima ou insignificante o bem jurídico tutelado.¹⁰⁰

5.3 - Natureza jurídica do Princípio

A teoria da ação adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a Finalista, com a ação ou omissão humana dirigida a um fim, onde o sujeito elege os meios pelos quais irá obter esse fim, para que posteriormente possa o consumir no mundo exterior. Devem estar presentes todas as categorias da estrutura do delito, fato punível, exigibilidade de conduta diversa, tipicidade formal e material, antijuridicidade, culpabilidade, caso contrário, não restará configurada a prática da conduta delitiva do sujeito.¹⁰¹

Por essa razão, faz-se necessário analisar como este princípio será aplicado dentro da estrutura do delito, partindo-se do conceito de crime adotado pelo direito penal brasileiro na

⁹⁸ Op. cit. BITENCOURT, Cezar Roberto, 2013, p.19.

⁹⁹ Op. cit. Carlos Vico Mañas, 1994, p.56.

¹⁰⁰ GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p.94.

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

definição da natureza jurídica do princípio da insignificância, no qual crime consiste em toda conduta típica, antijurídica e culpável.

Existem divergências com relação à natureza jurídica penal do princípio da insignificância, podendo ser entendida como: (i) excludente de tipicidade, (ii) excludente de antijuridicidade e (iii) excludente de culpabilidade, conforme a doutrina e a jurisprudência nacional.¹⁰²

5.3.1- Excludente de tipicidade

No que diz respeito à natureza jurídica penal do princípio da insignificância como excludente de tipicidade, faz-se necessário compreender que a doutrina divide a tipicidade em formal e conglobante.

A tipicidade formal consiste em toda conduta ligada ao resultado em razão do nexos causal tipificado em lei. Todo fato típico que se enquadra no tipo penal descrito em lei preenche a tipicidade formal. Enquanto que a tipicidade conglobante exige a verificação da antinormatividade da conduta do agente e da materialidade do fato típico.¹⁰³

A tipificação de condutas não é perfeita, sendo impossível ao legislador alcançar de forma significativa a enorme variedade de condutas humanas praticadas em sociedade. Surge assim, o entendimento de que a tipicidade não pode ser vista somente sob o aspecto formal, deve estar presente também a tipicidade material, que consiste na relevância da conduta prevista em lei contra um bem jurídico tutelado abstratamente.

Em outras palavras, não deve a esfera penal se preocupar com aquelas condutas que apenas se ajustam formalmente ao tipo penal, não existindo uma reprovação social ou materialidade lesiva significativa ao bem jurídico tutelado. Para que a conduta seja considerada típica, deve haver a tipicidade formal e material.

Logo, comprovando que o caso concreto é contrário à norma penal e ofensivo ao bem jurídico relevante ao Direito Penal a conduta será formalmente e materialmente típica. Mas se existir um choque normativo entre leis ordinárias de mesma hierarquia e/ou a lesão for insignificante em decorrência do desvalor normativo do resultado, o fato será atípico, podendo ser afastada a tipicidade penal.

“A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem

¹⁰² SILVA, Ivan Luis da. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.163.

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.63.

um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra vivil (a guerra de todos contra todos).”¹⁰⁴

Advém que o princípio da insignificância se fundamenta na tipicidade conglobante, pois quando “o legislador chamou a si a responsabilidade de tutelar determinados bens – por exemplo, a integridade corporal e o patrimônio -, não quis abarcar toda e qualquer lesão sofrida pela vítima ou mesmo todo e qualquer tipo de patrimônio, não importando o seu valor”.¹⁰⁵

Por essa razão, “para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade.”¹⁰⁶

“Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado.”¹⁰⁷ Isto ocorre, pois, a tipicidade penal material está ligada à certa gravidade da ofensa praticada sobre o bem jurídico tutelado, podendo não existir quando a ofensa for considerada mínima ou insignificante para a esfera penal.

Esse entendimento surge em decorrência das constantes transformações da sociedade e mutação de seus valores éticos-sociais, tornando mais difícil ao legislador reavaliar todas as tipificações já consagradas e seu caráter ilícito a depender do contexto histórico. Logo, cabe à esfera jurídica utilizar as medidas para aplicação da medida mais justa a depender do caso concreto, tendo como fundamento de aplicação o inciso III¹⁰⁸, do artigo 386 e inciso III do artigo 397¹⁰⁹, ambos do Código de Processo Penal.

O princípio da insignificância, como causa excludente de tipicidade, se assemelha ao instituto de ANPP (acordo de não persecução penal), na medida em que ambos buscam evitar

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.1, p.482/483.

¹⁰⁵ GRECO, Rogério. Curso de direito penal parte geral. Rio de Janeiro - RJ, Impetus, 2008, p.65.

¹⁰⁶ VICO MAÑAS, Carlos. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p.53.

¹⁰⁷ BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p.121/122.

¹⁰⁸ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: III - não constituir o fato infração penal;

¹⁰⁹ Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

a denúncia e a instrução criminal em crimes de pequeno e médio potencial lesivo ao direito penal, os considerando irrelevantes.¹¹⁰

Mas diferem-se quanto à aplicação, pois o acordo não pode ser aplicado nos crimes hediondos e equiparados ou quando cometido sob violência (dolosa e culposa) ou grave ameaça, devido à gravidade sobre o tipo penal. Dessa forma, nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Em contraposição ao ANPP, existe a possibilidade da invocação do princípio da insignificância, em determinados casos, como medida mais justa a ser aplicada. Como na prática do crime de tráfico de drogas, quando a quantidade apreendida é ínfima, ou quando o crime for praticado sob violência culposa, devendo considerar as circunstâncias que levaram o agente delitivo a ter essa conduta e a possibilidade de a reprovação ser realizada em outra esfera do Direito.

5.3.2- Excludente de antijuridicidade

Semelhante ao exposto acima, os seguidores desta corrente também entendem que a lesão ao bem jurídico deve ser significativa, entretanto, “(...) logo que tipificar formalmente uma conduta – porquanto se trata de um dever inafastável – o julgador deve realizar um juízo axiológico, e estimar se o proceder que levou a cabo o autor é antijurídico, e só então poderá

¹¹⁰ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2020.

examinar se efetivamente se trata de um fato relevante que mereça que se dinamize a jurisdição atrás de seu julgamento; ou em seu caso considere que se trata de um fato irrelevante, cuja gravidade considere que se trata de um fato irrelevante, cuja gravidade não resulta suficiente para lesionar ou afetar um bem jurídico.”¹¹¹

O princípio da insignificância se manifesta na antijuridicidade material e não na tipicidade, reconhecendo que a lesão ao bem jurídico ocorreu em razão de uma medida necessária e urgente. O entendimento deste princípio, como causa excludente de antijuridicidade, permite o afastamento do caráter ilícito da conduta analisada, considerada irrelevante sob o ponto de vista do direito penal, e por conta disso, apesar do fato criminoso ser típico, este torna-se lícito, o que impossibilita a reparação e indenização em outras esferas do direito.¹¹²

O juízo de antijuridicidade torna a conduta um comportamento legal em face de todo o ordenamento jurídico, como na esfera civil, administrativa, trabalhista, entre outras.¹¹³ Graças a isso, deve o princípio da insignificância, como causa excludente de antijuridicidade, ser precedido “de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. (...) 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.”¹¹⁴

O reconhecimento da invocação do princípio da insignificância como causa excludente de antijuridicidade permite maior segurança jurídica ao evitar que o Poder Legislativo busque criar novas penas, visto que, bastam poucas penas para prevenir os crimes resultantes de diversas ações, podendo seu aumento resultar na criação de novos crimes e não na prevenção destes.

Importante mencionar que a conduta somente poderá ser considerada lícita, quando declarada expressamente por alguma cláusula de exclusão de antijuridicidade prevista no ordenamento jurídico penal. Logo, não é possível atualmente no Brasil considerar a natureza

¹¹¹ CORNEJO, Abel, apud , Ivan Luis da. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.167.

¹¹² GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.437

¹¹³ Idem, GOMES, 2007, p.439.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 114.174 – Rio Grande do Sul. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux, Julgamento: 05 de novembro de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24655215/habeas-corpus-hc-114174-rs-stf/inteiro-teor-112141142>. Acesso em: 22 de janeiro de 2021.

jurídica do princípio da insignificância como excludente de antijuridicidade, pois não há previsão legal vigente do princípio da insignificância.

Isto torna impossível a aplicação do princípio da insignificância em situações onde o agente delitivo encontra-se em uma espécie de estado de vulnerabilidade, caracterizado pela precária situação econômica e social instável, em decorrência da desigualdade social e da falta de políticas públicas suficientes para suprir essa crise contínua, permanecendo em uma situação de insegurança financeira sem previsibilidade de melhora.

O Estado Democrático de Direito Brasileiro parece entender “(...) que o indivíduo deva conformar-se com a privação, porque não se cuida do suprimento de necessidade vital ou primária, ou, ainda que disso se trate que lhe seja possível satisfazer a carência por meio de atividade lícita. Em qualquer das hipóteses não se justifica a lesão ao interesse de outrem. Destarte, a dificuldade econômica, inclusive com a miserabilidade do agente, não constitui estado de necessidade.”, exigindo-lhe o sacrifício de direitos.¹¹⁵

“(...) em casos excepcionais, admite-se a prática de um fato típico como medida inevitável, ou seja, para satisfação de necessidade estritamente vital que a pessoa, nada obstante seu empenho, não conseguiu superar de forma lícita, a exemplo do furto famélico, em que o sujeito subtrai alimentos básicos para saciar a sua fome ou de pessoa a ele ligada por laços de parentesco ou de amizade.”¹¹⁶

Ocorre que muitos desses casos excepcionais somente consideram o bem jurídico alimento como estritamente vital para pessoa, deixando de considerar possíveis circunstâncias particulares que influenciam a integridade da vida do indivíduo. Menciona-se, a exemplo, uma mãe e seu bebê, ambos morando na rua, e um dia seu filho contrai uma febre. Temendo que o quadro se agravasse e o levasse à morte, furtar um remédio por não ter qualquer condição financeira ou recursos para adquiri-lo de forma lícita.

É perceptível que a condenação penal a esta mãe será extremamente desproporcional e injusta, ainda mais se não foi o primeiro crime cometido, podendo a reincidência agravar a pena. Portanto, deve o magistrado analisar essas circunstâncias, como a condição econômica e social do indivíduo, se este tentou utilizar meios lícitos para suprir sua necessidade e se fez uso moderado na concretização de sua finalidade, considerando as modificações que a fome e situação de miséria possam causar no corpo do sujeito delitivo, prejudicando seu discernimento racional.

¹¹⁵ MASSON, Cleber. Código penal comentado. 4. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: Método, 2016, p.241.

¹¹⁶ Idem, p.241.

Essa análise é importante, pois atualmente, ainda que se reconheça a excludente de antijuridicidade, se a conduta praticada em estado de necessidade for agressiva, deverá o agente delitivo reparar o dano causado ao bem jurídico de terceiro na esfera cível¹¹⁷, o que dificilmente ocorrerá, pois, o agente da conduta criminosa encontra-se em estado de necessidade, não possuindo condições para manter uma plena e digna subsistência.

Em vista disso, buscando evitar a repressão desnecessária e injusta quando houver o reconhecimento desse estado de necessidade habitual, deve existir uma possibilidade do magistrado fazer uso do seu poder discricionário, afastando o caráter ilícito da conduta praticada em razão das circunstâncias do caso concreto analisado, que é o caso da aplicação do princípio da insignificância como causa excludente de antijuridicidade.

Cabe, dessa forma, ao magistrado analisar o caso concreto e verificar se as circunstâncias se enquadram no estado de necessidade, quando entender não ser razoável exigir do indivíduo o sacrifício de direito próprio ou alheio naquele caso.¹¹⁸

Conforme define Zaffaroni¹¹⁹ quanto a situação de vulnerabilidade do indivíduo:

Pode ser causada por dois fatores: posição ou estado de vulnerabilidade (como uma coisa natural, que já é própria do indivíduo, como sua posição social); e o esforço pessoal para a vulnerabilidade (quando o indivíduo possui condição de não ser vulnerável, mas mesmo assim se comporta de forma ao cometimento de ilícitos). A condição ou estado de vulnerabilidade é predominantemente social, e é o grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, etc., como pode ser também um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu. O esforço pessoal para a vulnerabilidade é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular. A prática do injusto foi decidida pela pessoa com autonomia. Dentre estas duas ordens de vulnerabilidade, o “estado da vulnerabilidade” é incobrável. O judiciário somente poderá cobrar aquilo referente ao “esforço pessoal para a vulnerabilidade”, já que é a essência da contribuição dada pela pessoa para sustentar o exercício do poder que seleciona e criminaliza. Reconhece-se o elevado grau de autonomia decisória voltada ao cometimento do injusto, já que quem parte de uma baixa condição ou posição de vulnerabilidade deve realizar um esforço de proporção considerável para alcançar uma posição que o situe em nível de alta vulnerabilidade.

Percebe-se que esse estado de vulnerabilidade pode levar a um estado de necessidade habitual, por essa razão a análise das circunstâncias da estrutura social do agente é de suma importância, pois é por ela que o magistrado poderá reconhecer ou não a culpabilidade do

¹¹⁷ ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.305.

¹¹⁸ BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Artigo 24.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.270/271.

agente, quando pratica uma conduta delitiva por mera vontade, não existindo qualquer situação de vulnerabilidade.¹²⁰

“Assim, se um sujeito de certo grau de instrução e de posição social furta um anel numa joalheria, sem que ninguém o obrigue a isto, ou o ameace, e sem estar mentalmente enfermo, dizemos que esse sujeito podia motivar-se na norma que proíbe furtar, e que lhe era exigível que nela se motivasse, porque nada o impedia. Por esta razão lhe reprovamos o injusto, concluindo que sua conduta é culpável, reprovável.”¹²¹

5.3.3- Excludente de culpabilidade

O princípio da insignificância pode assumir uma terceira natureza jurídica, sendo causa excludente de culpabilidade, caracterizando uma espécie de causa eximente de pena. “O fato não deixa de ser crime (tanto assim que, no caso de 'concurso delinquentium', respondem por ele os copartícipes não beneficiados): só excepcionalmente, em virtude de particular condição pessoal do agente, não se segue a imposição da pena cominada 'in abstracto'.”¹²²

“Para delimitar o âmbito de aplicação da insignificância, o juiz deverá ponderar o conjunto de circunstâncias que rodeiam a ação, a fim de estabelecer se a finalidade abarca a produção de perigos ou lesões relevantes para o bem jurídico ou só afetações ínfimas.”¹²³ Dessa maneira, a natureza jurídica do princípio da insignificância, como excludente de culpabilidade, configura a exclusão da pena em decorrência de causas pessoais do condenado.

O princípio da insignificância não diz respeito somente à lesividade insignificante praticada contra o bem jurídico tutelado, mas também sobre a reprovabilidade da conduta do autor do fato típico.¹²⁴ Isto se dá pois, “todo comportamento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afrontar o sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo) não pode ser considerado criminoso”.¹²⁵

Além disso, aplicar o princípio da insignificância nessas condições não abre o precedente para que o mesmo agente ou outros possam consumir este crime com justificativa

¹²⁰ Idem, p.270/271.

¹²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.521.

¹²² HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1978, p.27.

¹²³ Ob, cit. CORNEJO, Abel, apud , Ivan Luis da., 2011, p.168.

¹²⁴ Ob, cit. SILVA, 2011, p.169/171.

¹²⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: 24ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.92.

lícita, pois cada caso concreto terá uma análise e será verificado se o princípio é a medida mais justa a ser aplicada, e somente terá efeito naquele caso fático.

É notório que o conhecimento dos elementos essenciais da culpabilidade são: (i) a imputabilidade, (ii) potencial consciência da ilicitude e (iii) exigibilidade de conduta diversa. Logo, caso a natureza jurídica do princípio da insignificância seja entendida como causa excludente de culpabilidade, afasta-se também o juízo de reprovação ou censurabilidade sobre o agente do fato típico que causou algum dano ao bem jurídico tutelado, retirado, portanto, o caráter criminoso da ação típica consumada.¹²⁶

No entanto, para a jurisprudência majoritária, conceber a insignificância como causa excludente de culpabilidade permitiria a consumação habitual de crimes já tipificados, porém irrelevantes ao direito penal, além de impossibilitar qualquer reparação à vítima nas demais esferas do ordenamento jurídico por efeito do afastamento do caráter criminoso da conduta praticada.

O que não é verdade, pois o ordenamento jurídico brasileiro é claro ao determinar, no artigo 927 do Código Civil que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Conforme definição de ato ilícito descrita no artigo 186 do supracitado código, comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. O fato da conduta praticada preencher também o tipo penal não significa que o bem jurídico terá a proteção civil afastada, a obrigação de reparar o dano permanece ainda que reconhecida a irrelevância penal quanto a aplicação de uma sanção penal à conduta praticada.

Somente será afastado o caráter criminoso, permanecendo a proteção do bem jurídico lesado nas demais esferas, salvo quando na análise das circunstâncias for demonstrando algum dos elementos mencionados no item 4.3.1.2 deste trabalho, afastando o caráter ilícito da conduta e a obrigação de reparação em razão do reconhecimento da excludente de antijuridicidade.

5.3.4- Correntes mistas

Importante mencionar a existência da corrente mista, entendendo a natureza jurídica do princípio da insignificância ora como excludente de tipicidade ora como excludente de antijuridicidade, a depender do desvalor da ação ou desvalor do resultado no caso concreto.

¹²⁶ JESUS, Damásio de. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006, p.155

Se há a possibilidade do reconhecimento de duas naturezas jurídicas distintas desse princípio, a depender das circunstâncias do caso concreto, isto significa que o princípio da insignificância pode assumir a natureza jurídica que melhor se adeque ao caso fático analisado, possibilitando ao magistrado aplicar a medida mais justa, conforme será explicitado no decorrer deste trabalho.

5.3.5- Natureza jurídica do Princípio da insignificância no Brasil

A natureza jurídica do princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade é a teoria mais aceita no Brasil, tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente, em razão da impossibilidade da previsão do legislador sobre as diversas hipóteses de ação e omissão dos fatos, o que implica na limitação do poder punitivo do Estado quando a ofensa for mínima ao bem jurídico tutelado, evitando uma desproporção na aplicação da resposta jurídica.

“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”¹²⁷. “Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.”¹²⁸

À vista disso, ainda que haja o reconhecimento da conduta tipificada apresentar ofensa ao bem jurídico tutelado, se esta for irrelevante, há a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, considerando a conduta criminosa como materialmente atípica.

Portanto, poderá o julgador afastar a tipicidade no caso concreto quando a ação ou resultado forem considerados insignificantes, afastando a competência do Direito Penal no julgamento deste fato, ao aplicar os princípios do direito penal mínimo¹²⁹, o que permite manter a força coercitiva e imperativa sobre a iniquidade nos casos de relevância ao direito penal.

¹²⁷ MAÑAS, Carlos Vico. O Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal. Revista dos Tribunais, 2003, p.56.

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.61.

¹²⁹ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 13. ed. Niterói: Impetus, 2011, p.64.

Ou seja, a conduta praticada não será considerada um ilícito penal em razão da insignificância, sendo tolerada pela esfera penal, não excluindo a antijuridicidade desta¹³⁰, podendo a conduta praticada constituir um ilícito de outra natureza, seja ela civil, administrativa, ou até mesmo ser objeto de tutela de outros controles formais e sociais vigentes na sociedade.¹³¹

Como resultado, a aplicação do princípio da insignificância acaba por ser um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, para evitar o alcance a condutas de ofensa insignificante trazendo a descriminalização destas condutas, que embora formalmente típicas, são atípicas materialmente.¹³²

Este raciocínio consiste no entendimento da doutrina majoritária, ao considerar o princípio da insignificância como excludente de tipicidade, não havendo crime a ser reprovado ou prevenido quando a ação ou resultado for considerado insignificante. Nesse sentido, verifica-se que, no Brasil, o princípio da insignificância possui ampla aceitação, tanto da doutrina como da jurisprudência.

6- Aplicação do Princípio da insignificância no Brasil (aplicação)

Há quem defenda que o princípio da insignificância foi concretizado no ordenamento jurídico brasileiro pelo legislador penal quando inseriu normas e espécies de privilégios que permitem afastar ou abrandar a sanção penal, “(...) conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.¹³³

Existindo assim, a possibilidade de invocar este princípio com base na prerrogativa prevista no §2, do artigo 155 do Código Penal, determinando que: “se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.”

No entanto, o Código Penal Brasileiro não trouxe expressamente qualquer previsão para aplicação do princípio da insignificância, o que impede o julgador de aplicar a medida mais justa ao caso concreto, respeitando os interesses da sociedade.

Por isso, “se a Lei penal não dispõe expressamente que a irrelevância do fato é uma causa de exclusão da sua tipicidade, então há uma lacuna na Lei, a qual poderá ser preenchida

¹³⁰ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da Insignificância em Matéria Penal: Entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista Direito GV, São Paulo, I, jan/jun. 2012, p.83.

¹³¹ CAPEZ, Fernando, Curso de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2007, p.19

¹³² Op cit. VICO MAÑAS, p.55

¹³³ BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Art. 59.

pelos Princípios Gerais do Direito, dentre eles o princípio da insignificância, que por nós deve ser adotado como princípio informador do Direito Penal.”¹³⁴

Há o entendimento de ser admissível a “ (...) controlada criação do direito pela jurisprudência, com a finalidade de afastar as injustiças decorrentes de uma interpretação formal, quando esta se mostra inábil para fazer justiça na situação concreta, justiça prevista, constitucionalmente, através de valores e princípios consagrados.”¹³⁵, conforme os preceitos constitucionais e normativos vigentes.¹³⁶

Logo, cabe à doutrina conceituar a teoria principiológica da insignificância, enquanto que cabe à jurisprudência identificar os casos no qual a conduta é insignificante ao direito penal, devendo aplicar o princípio sempre que entender necessário, conforme o poder discricionário do juiz. Com base nesses critérios, diversos tribunais proferiram decisões reconhecendo a aplicação do princípio em determinados casos.

6.1- Visão do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Conforme mencionado, o princípio da insignificância poderá ser aplicado a qualquer delito, devendo-se realizar uma análise casuística das circunstâncias sociais do caso concreto, com fundamento nos princípios citados no item 3.2 deste trabalho.

Em vista disso, em 1988, o STF proferiu a primeira decisão, no RHC 66.869/PR, reconhecendo expressamente a existência e a possibilidade invocação do princípio na esfera penal brasileira. Isto abriu precedentes à concretização do princípio no ordenamento jurídico, consagrando o entendimento de que, para a aplicação do princípio, deve o caso concreto tipificado ser considerado penalmente insignificante.¹³⁷

O entendimento do tribunal foi de que a lesão corporal causada em decorrência do acidente de trânsito, que gerou em uma pequena equimose, lesão contusa cuja intensidade depende do instrumento e do grau de violência com que foi aplicado, causando a ruptura de alguns vasos capilares que faz o sangue sair no tecido subcutâneo, que se caracterizam por manchas roxas na pele que somem dentro de um mês.

Dar ensejo à ação penal em razão de uma mancha roxa configuraria o excesso do poder estatal, ao aplicar uma pena desproporcional e desnecessária em comparação ao dano

¹³⁴ Ob, cit. PRESTES, 2003, p.70.

¹³⁵ CARVALHO, Márcia Dometila apud SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.144.

¹³⁶ Ob, cit. SILVA, 2011, p. 143/151.

¹³⁷ Op cit. SILVA, Ivan Luiz da, 2011, p. 144/149.

causado. Diante disso, o STF reconheceu que se tratava de uma bagatela, não representando um delito penal suficientemente justificável para prosseguir com a ação penal.¹³⁸

De acordo com José Henrique Guaracy Rebêlo¹³⁹, a primeira decisão na qual foi aplicado o princípio da insignificância, sob competência do STJ, foi em 1990, versando sobre o crime de lesão corporal causado por acidente de trânsito. Entendimento semelhante ao do STF, que possibilitou a previsão penal da aplicação deste princípio deste 1988.

O princípio voltou a aparecer em 1993, no HC 70.747/RS, que trouxe o questionamento quanto aos critérios e requisitos da aplicação do princípio da insignificância, pois em razão da reincidência do agente dos fatos, o STF não reconheceu a possibilidade de aplicação do princípio no crime de lesão corporal causado por acidente de trânsito.

Outrossim, manifestou o Supremo Tribunal Federal:

O princípio da insignificância é vetor interpretativo do tipo penal, tendo por escopo restringir a qualificação de condutas que se traduzam em ínfima lesão ao bem jurídico nele (tipo penal) albergado. Tal forma de interpretação insere-se num quadro de válida medida de política criminal, visando, para além da *descarcerização*, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve ocupar-se apenas das infrações tidas por socialmente mais graves. Numa visão humanitária do Direito Penal, então, é de se prestigiar esse princípio da tolerância, que, se bem aplicado, não chega a estimular a ideia de impunidade. Ao tempo que se verificam patentes a necessidade e a utilidade do princípio da insignificância, é imprescindível que aplicação se dê de maneira criteriosa, contribuindo sempre tendo em conta a realidade brasileira, para evitar que a atuação estatal vá além dos limites do razoável na proteção do interesse público. (HC 104.787/RJ, rel, Min, Ayres Britto, 2ª Turma, j. 26.10.2010).

Ademais, apesar de existirem crimes contraditórios ao princípio da insignificância, pois possuem máximo potencial ofensivo, que são os crimes: hediondos e equiparados, racismo e formação de grupos contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, há diversas decisões jurisprudenciais reconhecendo sua aplicação de maneira excepcional.

A exemplo, nos crimes contra a Administração Pública, embora o STJ seja firme ao declarar que “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública”, conforme a Súmula 599, o STF prevê a aplicação excepcional do princípio.¹⁴⁰ Quanto ao crime de tráfico de drogas, o STJ reconheceu no HABEAS CORPUS 110.475 a

¹³⁸ REBÊLO, José Henrique Guaracy. Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.48/49.

¹³⁹ Ob. cit. REBÊLO, José Henrique Guaracy, 2000, p.49/55.

¹⁴⁰ STF.HC 138156, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 01/06/2017, Publicação: 05/06/2017

insignificância quando configurar a posse de pequena quantidade de droga para fins pessoais, entendendo que:

“(....) 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.”

Igualmente, o STF estabeleceu precedente ao reconhecer, de forma excepcional, nos HC 87.319/PE, HC 88.820/BA e HC 96.684/MS a invocação do princípio nos crimes de tráfico de drogas com posse ínfima de droga.

Logo, a incolumidade pública causada pelo consumo pessoal de drogas é sempre irrelevante penalmente, dada a insignificância do litígio para o direito penal. “A solução aqui proposta, para tais casos de flagrante desproporcionalidade entre a lesividade da conduta e a reprimenda estatal oferecida, é a adoção do princípio da insignificância no âmbito dos crimes de tráfico de drogas. Fato é que a jurisprudência deve avançar no sentido de criar critérios dogmáticos objetivos para separar o traficante de grande porte do traficante de pequenas quantidades, que vende drogas apenas para retroalimentar o seu vício. Nos parece que a adoção do princípio da insignificância nos crimes de tráfico de drogas se revela um passo importante nessa direção.”¹⁴¹

Em suma, o STF e STJ reconhecem o Princípio da Insignificância como instituto válido para a identificação dos crimes insignificantes ao direito penal, devendo realizar uma análise das circunstâncias do fato concreto, concernentes à situação fática na qual o agente se encontra, no que diz respeito à condição econômica e social, considerando a necessidade da sanção penal, examinando todos os elementos que incidem sobre a conduta, como forma de determinar se a lesão ao bem jurídico tutelado é relevante ao direito penal.

Por isso, analisa-se os meios pelos quais o agente conseguiu obter o objeto e por qual motivo teve que praticar aquela conduta, para que tão somente possa ser reconhecida a aplicação do princípio da insignificância.

Como forma de garantir maior segurança jurídica na aplicação deste princípio nas inúmeras decisões, foram construídos, de forma sistematizada, critérios e requisitos para

¹⁴¹ STF, 2ª Turma, HC 127.573, p.07, j. 08.11.2019.

reconhecimento da insignificância penal e a possibilidade de aplicação do princípio no caso concreto analisado.

6.2- Requisitos

Esses requisitos para aplicação e reconhecimento do princípio foram separados em objetivos e subjetivos. Os requisitos objetivos, conforme fixou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁴², são: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, (iii) nenhuma periculosidade da ação social e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Quanto ao primeiro requisito, não examina-se somente a conduta lesiva, por isso, caso a potencialidade da conduta for materialmente irrelevante, embora a conduta lesione ou cause um perigo ínfimo ao bem jurídico tutelado, esta torna-se insignificante.

Cabe ressaltar que a importância do bem para a vítima constitui critério fundamental para impossibilidade da aplicação do princípio da insignificância, pois possui um valor emotivo. Nesse sentido:

(...)1. O pequeno valor da res furtiva não se traduz, automaticamente, na aplicação do princípio da insignificância. Há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar, subjetivamente, se houve relevante lesão. (...).¹⁴³

A relevância do bem jurídico tutelado não está somente ligada ao valor econômico ou afetivo do bem propriamente dito, mas também aos efeitos e consequências futuras que ocorrem em razão do dano causado, podendo gerar uma lesão futura mais danosa que a consumada. É o caso do furto de documentos, no qual exige, à vítima, dispender tempo e arcar com um prejuízo patrimonial para a obtenção das segundas vias dos documentos perdidos. Observa-se esse entendimento no HC 2.119-0/RS, de 1993, no qual a tese acatada foi em defesa de todos os bens objeto da ação delitiva.

Com relação ao reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, leva-se em consideração a reprovabilidade da conduta do agente no ordenamento jurídico, analisando-se as circunstâncias e motivos do crime. Vejamos:

¹⁴² RHC 118.972/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. 03.06.2014.

¹⁴³ BRASIL. STJ, HC 60949/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, 2007.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. VALOR CONSIDERÁVEL DA RES FURTIVA. CONDUTA REPROVÁVEL DE AGENTE FUNERÁRIO QUE SUBTRAI DINHEIRO DE VÍTIMA FATAL DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. RECURSO DESPROVIDO. - O Supremo Tribunal Federal já consagrou o entendimento de que, para a aplicação do aludido princípio, devem estar presentes, de forma cumulada, os seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, HC 112.378/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 18.9.2012). - A conduta se reveste de reprovabilidade que não é irrelevante, vez que se trata de recorrente que retirou a quantia de R\$ 279,00 do corpo da vítima, ao exercer seu trabalho de agente funerário. Logo, cuida-se de certo grau de reprovabilidade da conduta que inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância. - O valor de R\$ 279,00 não se revela ínfimo nos moldes da jurisprudência. Nesse ponto, não se pode confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante. Apenas o segundo, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância. Precedentes. - Recurso ordinário desprovido.

(STJ - RHC: 34886 RS 2012/0270690-5, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 02/05/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2013)

O requisito da nenhuma periculosidade da ação social analisa o impacto da conduta criminosa na sociedade, como o caso do furto famélico, que embora a conduta seja reprovada em sociedade o agente apenas o cometeu para sustento próprio ou de sua família, conforme RHC in verbis:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. BISCOITOS, LEITE, PÃES E BOLOS. CRIME FAMÉLICO. ÍNFIMO VALOR DOS BENS. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO DAS VÍTIMAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. O princípio da insignificância em matéria penal deve ser aplicado excepcionalmente, nos casos em que, não obstante a conduta, a vítima não tenha sofrido prejuízo relevante em seu patrimônio, de maneira a não configurar ofensa expressiva ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Assim, para afastar a tipicidade pela aplicação do referido princípio, o desvalor do resultado ou o desvalor da ação, ou seja, a lesão ao bem jurídico ou a conduta do agente, devem ser ínfimos. 2. In casu, conquanto o presente recurso não tenha sido instruído com o laudo de avaliação das mercadorias, tem-se que o valor total dos bens furtados pelo recorrente - pacotes de biscoito, leite, pães e bolos -, além de ser ínfimo, não afetou de forma expressiva o patrimônio das vítimas, razão pela qual incide na espécie o princípio da insignificância, reconhecendo-se a inexistência do crime de furto pela exclusão da ilicitude. Precedentes desta Corte. 3. Recurso provido, em conformidade com o parecer ministerial, para conceder a liberdade ao recorrente, se por outro motivo não estiver preso, e trancar a ação penal por falta de justa causa (STJ - RHC: 23376 MG 2008/0075402-9, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 28/08/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 20/10/2008)

Quanto à inexpressividade da lesão jurídica provocada, é analisada a lesão ao bem jurídico tutelado, sendo considerada inexpressiva a lesão se a ofensa for irrelevante à

condição econômica do sujeito passivo. Logo, o valor da coisa não é ínfimo com relação à condição econômica da vítima, conforme in verbis:

PENAL. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. CONJUGAÇÃO DO VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS COM AS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DA VÍTIMA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. REPROVABILIDADE ACENTUADA DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. 1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial nesta Corte de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Hipótese em que não houve o preenchimento dos aludidos vetores para a aplicação do princípio da bagatela, não havendo que se falar em reduzido grau de reprovabilidade no comportamento do agente, tendo em vista que, além da qualificadora consistente na prática do furto mediante escalada, os bens objeto da tentativa do crime não são considerados irrisórios diante das condições econômicas da vítima. Incidência da Súmula 83 do STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 813662 DF 2015/0295014-6, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 23/02/2016, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2016)

Uma parte da jurisprudência entende não ser possível aplicar o princípio da bagatela aos crimes que atingem a coletividade, não havendo como falar na inexpressividade da lesão jurídica, pois atinge bem jurídico transindividual.¹⁴⁴ E (v) o agente não pode ser um criminoso habitual.

Esses requisitos de admissibilidade foram determinados pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do Ministro Celso de Mello, no HC nº 84.412/SP de 2004 e pela quinta turma do STJ que definiu o quinto requisito subjetivo.

“Mas tais requisitos são claramente tautológicos. Sim, porque, se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação; e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma ideia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo.”¹⁴⁵

Em face da ausência de critérios consolidados surge a dúvida se o rol de requisitos deve ser cumprido em sua integralidade ou se basta o preenchimento de apenas um requisito, tornando-se um desafio a aplicação deste princípio no caso concreto, o que acaba gerando insegurança jurídica.

No entanto, alguns doutrinadores são contra a utilização do princípio da insignificância em razão da ausência de previsão legal, da dificuldade da análise da ofensa nos crimes não materiais, e a existência de tipos privilegiados, contravenções e infrações penais

¹⁴⁴ Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art. 81, parágrafo único, inc. I.

¹⁴⁵ QUEIROZ, Paulo. Princípio da Insignificância. São Paulo, set. de 2015. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/476/>>. Acesso em: 09/06/2021.

de menor potencial ofensivo, em que a vinculação do princípio da insignificância nesses casos importaria em uma analogia contra legem e violação ao princípio da legalidade.

Há o entendimento de que o princípio da insignificância colocaria em risco a segurança jurídica, gerando o recuo do Direito Penal. Cabe expor que somente no Código Penal Militar há referência deste princípio em situações que se considera a infração como disciplinar.¹⁴⁶ No código penal militar, precisamente no §6, do artigo 209, encontra-se o reconhecimento legal deste princípio, “no caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar.”¹⁴⁷

7- Aplicação do princípio em outros países

Uma ideia do que viria a ser o princípio da insignificância já encontrava-se presente nos ordenamentos jurídicos antigos. É possível notar isso com a dogmática jurídico-penal de Paul Johann Anselm von Feuerbach, que estabeleceu como pilar a *Rechtsverletzungstheorie* (teoria da lesão jurídica)¹⁴⁸, limitando o escopo de ação do legislador penal na proteção de direitos subjetivos.

Com o pós-guerra, conforme mencionado no capítulo 3 deste trabalho, o princípio começou a ser melhor estudado na aplicação dos casos concretos em razão da emergência de Estado, considerando a tutela penal excepcional em determinadas condutas delitivas que apresentassem nível escasso de lesividade com relação ao bem jurídico tutelado. Ou seja, ainda que formalmente típicas, essas condutas são reconhecidas como insignificantes em razão da atipicidade material.¹⁴⁹

Segundo Ivan Luiz da SILVA, normatizações do princípio da insignificância aparecem nas legislações portuguesa, alemã, austríaca, argentina, entre outras, o que caracteriza a aceitação da aplicabilidade do princípio a depender do caso concreto.¹⁵⁰

Cabe ao aplicador da lei, no caso o juiz, analisar a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância, da mesma maneira como faz com outros institutos jurídicos,

¹⁴⁶MANÃS, Carlo Visco. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo. Saraiva, 1994, p.59/70.

¹⁴⁷ Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. Lesão levíssima § 6º No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar.

¹⁴⁸ FEUERBACH, [Paul Johann] Anselm (Ritter von). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Heyer, 1847, p.45

¹⁴⁹CASTRO. Alexander de. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: Análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica. (1964-2016). *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 74, p.43/45, jan./jun. 2019.

¹⁵⁰ Op, cit. SILVA, p.138/144.

tendo em vista a manutenção da ordem social e a incidência de respostas jurídicas proporcionais para solução do conflito.¹⁵¹

Além disso, a aplicação do princípio nos crimes insignificantes ao direito penal impediria a superlotação carcerária. Isso é de extrema importância, pois caso contrário, ocorrerá o mesmo observado na Califórnia, EUA, que foi obrigada pela Suprema Corte a reduzir a população carcerária em 33 mil indivíduos dentro de dois anos.

Essa ordem possibilitou a aprovação de uma lei que tornou pequenos delitos de drogas e furtos de objetos e mercadorias até o limite máximo de US\$ 950 (R\$ 5.357) em contravenção penal, deixando de ser considerado crime. No entanto, surge o questionamento se este limite de valor é aplicado para cada conduta ou é o teto máximo para reconhecimento da contravenção penal com base nos delitos cometidos.

Possivelmente a aplicação deve ser de US\$ 950 para cada conduta praticada, pois há relatos de empresas dizendo ser mais vantajoso encerrar a atividade das lojas onde ocorrem com maior incidência os furtos e roubos do que lidar com a crescente criminalidade. Mais vantajoso para as empresas, para a Justiça, que estava sobrecarregada com a excessiva população carcerária e escasso orçamento do estado.

O precedente para o shoplifting, apesar de ter aliviado momentaneamente a situação carcerária, possibilitou a formação de organizações criminosas destinadas aos furtos e roubos dessas lojas, trazendo impactos e consequências impossíveis de previsão e medição na sociedade.

7.1- Princípio da insignificância imprópria

Diferentemente do princípio da insignificância próprio, que consiste em causa de exclusão da tipicidade, em razão do reconhecimento da atipicidade do fato, o princípio da insignificância impróprio incide sobre qualquer caso concreto desde que não se afigure necessária a sanção penal. Ou seja, ainda que a conduta seja típica, formal e materialmente, ilícita e culpável, pode a sanção penal ser considerada desnecessária em razão das circunstâncias do caso concreto e do agente.

A insignificância imprópria detém como fundamento, para sua aplicação, a dosimetria da pena, que consiste no “(...) processo de individualização da pena (...) rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos

¹⁵¹ ALMEIDA, Dalva Rodrigues Bezerra de. Princípio da insignificância e juizados especiais criminais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007, p.150/151.

individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. (STF. ARE 663261 SP - Tribunal Pleno - Relator: Min. Luiz Fux - Julgamento: 13/12/2012 - Publicação: 06/02/2013.)”

O autor do delito é processado criminalmente, mas pode ter a pena afastada se o julgador, ao analisar as circunstâncias do caso concreto, entender pela desnecessidade da aplicação da sanção penal, visto que, “é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. (...), devendo o ser tomado em conta os princípios da necessidade e eficiência, decompostos nos diferentes elementos previstos no art. 59 do Código Penal, principalmente na censurabilidade da conduta.”¹⁵²

Em síntese, o entendimento do princípio da insignificância impróprio é que a pena deve ter caráter preventivo e não de retribuição quando preenchido o tipo penal. Isso significa que, ainda que ocorra uma lesão relevante penalmente ao bem jurídico, se for entendido que a aplicação da sanção penal é inócua e contraproducente deve-se afastar a incidência da pena, nos termos do artigo 59 do Código Penal.

Diferentemente da insignificância própria, que é causa excludente de tipicidade, a insignificância imprópria apresenta consequências na punibilidade, caracterizando causa supralegal de extinção da punibilidade. Não há a desconsideração do interesse penal no litígio, mas tão somente o reconhecimento da desnecessidade da aplicação da pena.

A possibilidade da aplicação do princípio da insignificância como causa extinção da punibilidade se manifesta como uma permissão concedida ao magistrado quando este

¹⁵² STF. ARE 1339267/RS - Relator: Min. Luiz Fux - Julgamento: 30/08/2021 - Publicação: 31/08/2021.

entender que a renúncia da pretensão punitiva, quanto à conduta tipificada, é a medida mais justa a ser aplicada ao caso concreto.

Logo, assemelha-se ao instituto da suspensão condicional da pena e do perdão judicial, na medida em que é concedida uma faculdade ao juiz, quando “comprovada a prática de uma infração penal, deixar de aplicar a pena imposta pela lei em face de justificadas circunstâncias excepcionais”¹⁵³, mas diferem-se quanto a possibilidade de aplicação e a subsistência dos efeitos condenatórios.

No perdão judicial não subsiste qualquer efeito condenatório¹⁵⁴, pois “(...) o Estado-juiz, autorizado expressamente pela lei, (...) renuncia ao direito de condenar e não apenas ao direito de executar uma pena imposta.”¹⁵⁵

Já a suspensão condicional da pena e o princípio da insignificância, como causa de extinção da punibilidade, ambos os institutos mantêm a condenação do caso concreto, reconhecendo a existência de fato punível e a culpabilidade do agente, mas excluem a pena em decorrência das circunstâncias particulares do caso.¹⁵⁶

No entanto, se diferem quanto à aplicação. A suspensão condicional da pena somente ocorre em determinadas condições, conforme dispõe o artigo 77 do Código Penal, in verbis:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Portanto, para receber este benefício deve o condenado preencher os requisitos previstos na lei. Enquanto que o perdão judicial só pode ser concedido nos casos previstos em lei, quais sejam: § 5º, do artigo 121, § 8º do artigo 129 e § 1º do artigo 140, todos do Código Penal; § 2º do artigo 29 da Lei nº 9.605/98 e artigos 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro.

¹⁵³ JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, 19ª ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1995, p.597.

¹⁵⁴ Vera Almeida (apud Leonardo Aguiar, 2004, p.24) “(...) Estado renuncia, por intermédio da declaração do juiz, na própria sentença, à pretensão de imposição das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, pecuniárias, as de responsabilidade pelas custas e o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, não obstante, demonstrada a existência de uma violação penal. O Estado renuncia ao direito de condenar.”

¹⁵⁵ PACHECO, Wagner Brússolo. O perdão judicial no direito brasileiro, v. 69, n. 533, mar: 1980, p.296.

¹⁵⁶ BRUNO, Aníbal. Direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1, t. 1, p.162.

Com relação ao princípio da insignificância, em sentido contrário ao que determina o STF, no que diz respeito à sua aplicação com fundamento em requisitos fechados, entende-se pela possibilidade da invocação do princípio quando o magistrado achar necessário e entender ser a medida mais justa a ser aplicada no caso concreto, reconhecendo a irrelevância penal.

Dessa forma, a aplicação do princípio da insignificância, como causa de extinção de punibilidade, mantém a incidência dos efeitos da condenação, deixando somente de aplicar a sanção penal ao indivíduo, em razão do reconhecimento de sua desnecessidade no caso concreto analisado. Logo, não há ruptura do nexu jurídico existente entre o crime e a pena, o “vinculum juris”, conforme define Carnelutti.¹⁵⁷

8- Análise da aplicação do princípio com base nas circunstâncias do caso concreto

Após profunda análise da evolução da jurisprudência, quanto à aplicação do princípio da insignificância nos diversos tipos penais, verificou-se, com base nos requisitos definidos pelo STF, uma dificuldade e certa impossibilidade de aplicar, em determinados casos concretos, a natureza fragmentária do Direito Penal.

Isto ocorre em razão da discricionariedade do magistrado quanto ao reconhecimento da irrelevância ou não do caso concreto para o Direito Penal, tendo como base, para a análise dessa insignificância, os requisitos definidos pelo STF aplicados às circunstâncias particulares do caso concreto.

Conforme mencionado, a teoria adotada no Brasil com relação ao princípio da insignificância exclui a tipicidade material do crime, desconsiderando penalmente a conduta criminosa. O modelo vigente de aplicação deste instituto buscou uma interpretação extensiva dos tipos penais impedindo possíveis lacunas, ao determinar como requisito (i) a mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, (iii) nenhuma periculosidade da ação social; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No entanto, um ordenamento jurídico excessivamente abstrato, desconsiderando a questão social das diversas peculiaridades de cada caso concreto, eventualmente pode até resguardar melhor a segurança jurídica, ao possibilitar a previsão do julgamento limitando a atuação do poder discricionário do magistrado, mas o faz às custas da justiça. Este é o caso da reincidência, que impossibilita a aplicação do princípio ao agente, ainda que a conduta seja

¹⁵⁷ Idem, p.296.

considerada irrelevante ao Direito Penal, segundo determinação dos requisitos mencionados no item 6.2.

Há manifestação expressa do STF e STJ, além de ser entendimento majoritário dos tribunais, a impossibilidade da aplicação do princípio da insignificância ao agente reincidente, sendo inconcebível sua absolvição em decorrência do entendimento de um possível início de prática criminosa habitual. Se tivéssemos que responder penalmente por todos os danos insignificantes causados aos bens jurídicos tutelados, faríamos com que a justiça penal perdesse sua natureza fragmentária, viabilizando o abuso estatal quanto a repressão criminal injusta e desnecessária.

“(...) A conduta social consiste no modo pelo qual o agente exerceu os papéis que lhe foram reservados na sociedade. Trata-se de averiguar, através dessa circunstância, o seu desempenho na sociedade, em família, no trabalho, no grupo comunitário, formando um conjunto de fatores do qual talvez não tenha surgido nenhum fato digno de registro especial, mas que serve para avaliar o modo pelo qual o agente se tem conduzido na vida de relação, exame esse que permitirá concluir se o crime é um simples episódio, resulta de má educação ou revela sua propensão para o mal. (...)”¹⁵⁸

Logo, apesar da reincidência, dependendo do caso concreto, a aplicação da sanção penal pode ser desproporcional, configurando o abuso de poder estatal, principalmente quando a situação pode ser resolvida nas demais esferas, infringindo os princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade, da proporcionalidade, da ultima ratio, entre outros já mencionados.

A eventual possibilidade de fixação de uma sanção penal em desproporção à conduta criminalmente consumada, traz um sentimento de empatia e solidariedade com relação àquele indivíduo. A pena é reintegrativa e não punitiva.¹⁵⁹ O simples fato da conduta preencher o tipo penal do crime não exige a obrigatoriedade da incidência do Direito Penal no caso concreto, principalmente quando esta for tida como insignificante. Logo, se não há relevância ao Direito Penal não pode haver uma sanção penal.

Observa-se pela jurisprudência nacional a possibilidade de considerações excepcionais da aplicação do princípio em diversos tipos penais, mas que somente ocorrem depois de terem sido arguidas às instâncias superiores.

¹⁵⁸ Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Revista da AJURIS, nº 70, setembro/2000, p.232.

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.20/21.

Ocorre uma incorporação forçada deste princípio ao ordenamento jurídico brasileiro, como “construção dogmática, com base em conclusões de ordem político-criminal, que procura solucionar situações de injustiça provenientes da falta de relação entre a conduta reprovada e a pena aplicável.”¹⁶⁰, pois “(...) inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, (...)”.¹⁶¹

A análise deve ser realizada obedecendo os princípios consagrados no Direito Brasileiro¹⁶², pois a “pena é a compensação a uma violação do Direito cominada penalmente mediante a imposição de um mal proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade que expressa a reprovação pública do fato e consegue, deste modo, a afirmação do Direito.”¹⁶³

Melhor dizendo, a punição não possui caráter de castigo, mas sim um meio necessário para eliminar uma ameaça contra a sociedade. Logo, se não há interesse da sociedade em ver determinado caso contido, deve o ordenamento jurídico permitir a não condenação penal desse sujeito, orientando-se pelos princípios consagrados e pelo senso de justiça.¹⁶⁴

Com base nisso, entende-se que não há qualquer vedação quanto ao julgador mensurar com discricionariedade, de acordo com o seu livre convencimento, cada circunstância do caso concreto, observando os princípios correlatos e a necessidade ou não da aplicação da pena.

A questão principal é que, dependendo do momento histórico e em razão das circunstâncias da sociedade e do indivíduo, certas condutas criminosas podem assumir caráter mais gravoso, brando ou até mesmo lícito.

A exemplo, temos os impactos que a pandemia mundial do COVID-19, ocasionando no aumento da desigualdade, crise econômica e desemprego na sociedade brasileira. Esses acontecimentos imprevisíveis ou instáveis alteram a condição de vida do sujeito, de tal forma que o impedem, em determinados momentos, de ter condições necessárias a uma vida plena e digna, direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Essas questões sociais exigem uma nova visão do ordenamento jurídico na solução dessas demandas multiconectadas, analisando a interdependência entre todos os elementos

¹⁶⁰ SANGUINÉ, Odone apud VICO MAÑAS, Carlos. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p.67.

¹⁶¹ STJ. AgRg no HC 744.104/SP, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.

¹⁶² VICO MAÑAS, Carlos. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p.50/64.

¹⁶³ Tradução livre. JESCHEK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal. Parte general. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981, p.18.

¹⁶⁴ STJ. AgRg no HC 736.390/RS, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022.

que compõem a sociedade e o mundo. Surge assim, o questionamento de que talvez a teoria finalista não seja mais suficiente como resposta penal às condutas delitivas, em razão das constantes mudanças e transformações da sociedade que são imprevisíveis e imensuráveis, não podendo essas circunstâncias, derivadas de um caso fortuito ou força maior, submeterem o indivíduo a repressão estatal injusta.

No intuito de solucionar este problema, tem-se que seria mais efetivo e ideal a interpretação do princípio da insignificância ter como pressuposto os princípios ordenadores consagrados no ordenamento jurídico, levando a uma interpretação restritiva sem ferir a segurança jurídica, pois a análise do caso levaria em consideração a intensidade da lesão causada ao bem jurídico e a necessidade de condenação da conduta pela esfera penal, podendo ser solucionada em outra esfera do Direito, possibilitando a aplicação de uma resposta justa ao caso fático.¹⁶⁵

Conforme explicado neste trabalho, o princípio da insignificância pode assumir quatro naturezas jurídicas. Quando não for reconhecida a relevância do litígio para Direito Penal, poderá ser: (i) causa excludente de tipicidade, quando a tipicidade material não restar comprovada, em razão do desvalor da ação ou do resultado; (ii) causa excludente de antijuridicidade, quando a lesão ao bem jurídico for considerada necessária e urgente no caso concreto; (iii) causa excludente de culpabilidade, em razão das circunstâncias particulares do agente; ou (iv) causa de extinção da punibilidade, onde mesmo reconhecida a relevância penal, poderá o magistrado reconhecer a desnecessidade da aplicação da pena ao agente no caso concreto analisado, principalmente quando as consequências da infração atingirem o autor de forma grave.

Constata-se que o trabalho “(...) mais difícil e mais espinhoso, o de maior responsabilidade moral, é o do juiz. Especialmente o do juiz criminal. Não lhe basta avaliar um fato, (...) incumbe-lhe penetrar no mais íntimo da alma, revolver os profundos e obscuros escaninhos da mente, (...) importa-lhe conhecer e ponderar as taras e os defeitos herdados ao acusado pelos ancestrais; o temperamento e o caráter; as emoções, as paixões e tudo o que pode influir na inteligência e na vontade; tem que fazer a síntese desses dados para chegar a uma noção sobre a personalidade. E ainda assim não pode estar seguro de haver conhecido o homem, o grau de liberdade interior com que agiu e, conseqüentemente, a medida da responsabilidade.”¹⁶⁶

¹⁶⁵ ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.85.

¹⁶⁶ TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.13/14.

A abstração normativa no caso concreto é tarefa árdua e complexa, sujeita aos valores morais e empáticos do magistrado, por isso o princípio da insignificância deve ser um remédio penal aberto, no intuito de evitar a condenação criminal injusta e o crescimento carcerário desnecessário. Questiona-se como se dará a discricionariedade dos tribunais na aplicação do princípio da insignificância de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Nota-se que o legislador buscou, na fixação de penas, estabelecer medidas justas e proporcionais a serem aplicadas ao agente do delito praticado, considerando as circunstâncias do caso na análise da relevância ou não do litígio para a esfera penal.

“A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o quantum de reprimenda a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à reprovação do delito perpetrado. Assim, para obter-se uma aplicação justa da lei penal, o julgador, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, há de atentar para as singularidades do caso concreto e deve, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima.”¹⁶⁷

Os elementos presentes nessa análise individual da pena devem estar presentes igualmente na análise do caso concreto quanto à possibilidade ou não da aplicação do princípio da insignificância. “(...) como o Preâmbulo é elemento integrante da Constituição, assim que promulgada não há a menor dúvida de que a ele se deve recorrer, quando surgem problemas de hermenêutica, desde que, (...), haja princípios que se relacionem mesmo de modo direto ou indireto com os dispositivos constitucionais questionados”¹⁶⁸, revelando a intenção do legislador, ao conhecer os males que quis remediar e o fim que quis alcançar, caracterizando uma máxima admitida no curso ordinário da justiça.¹⁶⁹

Se pudéssemos reorganizar o instrumentário do princípio da insignificância, a partir dos princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitaria uma visão justa e

¹⁶⁷ STJ. AgRg no REsp 1.844.935/PR, Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 12/5/2022.

¹⁶⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p.76/77.

¹⁶⁹ ESCOLA, Hector Jorge. El interés público como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989, p.255.

social sobre o crime, considerando seu caráter juridicamente relevante, conforme os padrões axiológicos da sociedade e a necessidade da aplicação da sanção penal ao agente delitivo, com fundamento nas circunstâncias do caso fático.¹⁷⁰

A possibilidade da aplicação do princípio da insignificância estaria pressuposto pela própria ordem constitucional. No entanto, há determinados bens jurídicos no qual é impossível afastar a proteção penal, pois sua preservação é de extrema relevância. Isto significa que a aplicação do princípio não poderia invadir a função do Poder Legislativo, cabendo a este selecionar quais bens jurídicos serão indispensáveis de tutela pelo Direito Penal.

A exemplo, temos os crimes ambientais, no qual o bem jurídico tutelado pertencente à coletividade e às futuras gerações, sendo uma obrigação da sociedade a preservação do meio ambiente. Por essa razão, é incompatível a aplicação do princípio da insignificância quando o bem jurídico lesado for a natureza e os elementos que dela compõem.

A lesão causada não pode ser considerada infração de menor potencial ofensivo, pois consiste em uma ameaça de enorme intensidade lesiva, na medida que um dano aparentemente mínimo pode repercutir efeitos e consequências desastrosas e de difícil reparação, na medida que contamina todos os elementos do meio ambiente (homem, animais, microrganismos, natureza, ecossistemas, entre outros).

Deste modo, o princípio da insignificância somente poderia ser aplicado aos bens jurídicos disponíveis, que são “exclusivamente de interesse privado (que a lei protege somente se é atingido contra a vontade do interessado) (...) jamais terá efeito quando se tratar de bem jurídico indisponível, ou seja, aquele bem em cuja conservação haja interesse coletivo.”¹⁷¹

Em síntese, a questão fundamental que impossibilita a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto é o potencial ofensivo direcionado à integridade da pessoa, à ordem econômica e constitucional, não podendo ser considerado o desinteresse estatal na repressão dessas condutas delitivas quando o potencial ofensivo for significativo.

Para verificar a impossibilidade da aplicação do princípio, deve a atividade jurisdicional ser realizada considerando: (i) a condição econômica, social e jurídica do sujeito, (ii) sua personalidade, motivos e as circunstâncias que o levaram a descumprir a lei e consumir o crime, (iii) a relevância do caso ao Direito Penal, com relação às consequências

¹⁷⁰ Op cit. GRECO, Rogério, 2011, p.149.

¹⁷¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.192/193.

do crime sobre a sociedade e o indivíduo, e a (iv) necessidade da aplicação de uma sanção penal, de acordo com os antecedentes criminais e comportamento da vítima, para que tão somente possa considerar a medida mais justa e proporcional a ser aplicada.

A consideração dessas circunstâncias não é cumulativa, podendo o princípio ser aplicado ao caso concreto quando o magistrado entender ser a medida mais justa e proporcional ao caso concreto. “ (...) somente uma interpretação estritamente baseada sobre o bem jurídico e focada sobre cada respectivo tipo do injusto pode tornar claro por que as insignificâncias são em parte atípicas”¹⁷², o que permite a aplicação do princípio da insignificância em todos os crimes penais, impedindo o constrangimento físico injusto ao forçar a vítima a uma sanção penal desproporcional à relevância da incidência da esfera penal naquele caso concreto.

Verifica-se que o princípio da insignificância consiste em uma medida de proteger os direitos fundamentais do indivíduo e o interesse social, ao evitar que uma conduta irrelevante à esfera penal seja processada criminalmente, ainda mais quando existirem outras maneiras de reprimir a conduta e reparar a lesão ao bem jurídico tutelado.

Reconhecer isto permite ainda que pequenos infratores não tenham contato com criminosos de grande periculosidade, impedindo que cada vez mais esse sujeito insira-se na prática de crimes, o que é inviável para a sociedade. Evitar a condenação insignificante ao Direito penal permite que o sujeito e o Estado evitem certos prejuízos como o registro da condenação na folha de antecedentes, que agrava a pena de condenação penal futura, além de impedir que o pequeno infrator tenha um vínculo mais próximo com sujeitos de grande potencial criminoso, dificultando a inserção (ressocialização, reinserção, reeducação, etc.) novamente desse indivíduo na sociedade em decorrência do estigma relacionados a ex-presidiários.

Além disso, a aplicação do princípio da insignificância nesses casos contribui para a diminuição da superlotação do cárcere, do gasto desnecessário do orçamento estatal na manutenção deste preso e evita um possível aumento da criminalidade, aplicando uma medida socioeducativa e não punitiva.¹⁷³

“O princípio da insignificância satisfaz os três envolvidos no fenômeno social que é o crime. O autor da infração se vê distante do decadente sistema penal, ao mesmo passo que a sociedade o pune com sanções extrapenais, pelo ilícito cometido. A vítima, por sua vez,

¹⁷² ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006, p.299.

¹⁷³ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.46/48.

mostra-se contente com a reparação do dano por ela sofrido. Por fim, a Justiça criminal se vê livre do excesso de trabalho revelado pelo grande número de processos cujo objeto são infrações bagatelares.”¹⁷⁴

Deve, portanto, a análise do caso concreto ser voltada às todas as peculiaridades da vida do autor do crime, permitindo a compreensão, por parte do magistrado e do Ministério Público, de que uma dessas circunstâncias irá produzir um efeito na situação do indivíduo, não podendo o Direito Penal desconsiderar essas circunstâncias na análise do caso concreto, tratando o indivíduo de maneira igual a outro em condição mais favorável, pois estaria violando o princípio da igualdade.

No ordenamento jurídico ainda há casos concretos nos quais, apesar de reconhecida a insignificância, ocorre a aplicação de uma sanção penal, caracterizando uma medida desproporcional, violando os princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, além dos mencionados no item 3.3 deste trabalho.

Por esse motivo, cabe ao Ministério Público e ao magistrado analisar o caso concreto com fundamento nos princípios consagrados no ordenamento jurídico, buscando identificar, com base nas circunstâncias apreciadas, se há possibilidade da aplicação do princípio da insignificância e qual a natureza jurídica irá assumir naquele caso.

9- Questionamentos

Apesar de haver reconhecimento, por parte da doutrina e jurisprudência, quanto ao princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro, ainda existe certa resistência quanto a sua aplicação no caso prático, principalmente com relação à imprecisão conceitual, com base em um consenso geral e multiconectado (jurídico, político e ideológico) da sociedade.¹⁷⁵ É isto que coloca em risco a segurança jurídica na invocação e aplicação do princípio da insignificância, instrumento limitador do direito penal.¹⁷⁶

A dificuldade de valoração das condutas insignificantes se dá em razão da interpretação restritiva imposta pelo STF, limitando a invocação desse instituto nas demais condutas delitivas. Tal entendimento desconsidera a possibilidade da aplicação do princípio com base na situação econômica e social na qual encontra-se o autor do crime.¹⁷⁷

¹⁷⁴ PRESTES, Cássio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. O princípio da insignificância como causa de excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Fabio Fabbris Editor, 2003, p.72.

¹⁷⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados especiais penais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.173.

¹⁷⁶ PRESTES, Cássio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. O princípio da insignificância como causa de excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Fabio Fabbris Editor, 2003, p.67/70.

¹⁷⁷ Idem, p.68.

“O Direito penal é de intervenção mínima, mas não é de nenhuma intervenção e o princípio não exclui as sanções penais, pois nada mais é que uma construção dogmática, influenciada por razões político-criminais, mas sobretudo, dogmática.” (poderá existir os efeitos extrapenais).¹⁷⁸ “(...) se está diante de uma lesão ou violação insignificante a um direito, assim, no campo da proporcionalidade, a reação que poderia ser gerada por essa satisfação de um sentimento pessoal de justiça também resulta de despicienda importância.”¹⁷⁹

Por essa razão, deve o aplicador da lei considerar “o critério da nocividade social somado a outros critérios como o grau de ofensividade, ao interesse protegido, a real necessidade de imposição de sanção, o desvalor da ação e do resultado. A concorrência de todos, ou ao menos de alguns destes critérios revela, indubitavelmente, a insignificância penal do fato.”¹⁸⁰

Não haverá a sensação de impunidade, pois a conduta não será considerada lícita, não sendo objeto de sanção penal, retirando-lhe o caráter criminoso. Deve verificar se a aplicação da sanção penal será benéfica à sociedade e justa ao autor dos fatos, não podendo alegar sua aplicação quando somente a tipicidade formal resta consumada ou quando outras áreas de direito e instrumentos de controle social puderem dar uma resposta justa e proporcional.¹⁸¹

A invocação do princípio da insignificância atualmente pode ser realizada pelo Ministério Público quando entender pela ausência da tipicidade material, considerando, portanto, a inexistência da prática do crime denunciado, cabendo ao MP requerer o arquivamento do inquérito policial, conforme determina o artigo 28 do Código de Processo Penal. Caso ofereça a denúncia, poderá o juiz invocar o princípio ao rejeitar a denúncia, com base no inciso I, do artigo 43, do CPP, quando entender pela insignificância do caso concreto para o direito penal.¹⁸² Relembrando que atualmente, em razão da ausência de previsão legal, não é possível considerar o princípio da insignificância como excludente de antijuridicidade.

Surge assim o questionamento quanto à invocação do princípio da insignificância, se é mera faculdade do Ministério Público e do magistrado, ou um direito do agente delitivo podendo ser exigido seu exercício, invocando a análise do caso concreto e possível aplicação do princípio, cabendo somente ao magistrado verificar qual natureza jurídica irá assumir no caso fático.

¹⁷⁸ ALMEIDA, Dalva Rodrigues Bezerra de. Princípio da insignificância e juizados especiais criminais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007, p.151.

¹⁷⁹ Op, cit. LOPES, 1997, p.176/177.

¹⁸⁰ Op, cit PRESTES,, 2003, p.73.

¹⁸¹ Op. cit., VICO MAÑAS, Carlos. 1994, p.68.

¹⁸² REBÊLO, José Henrique Guaracy. Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.44/45.

A controvérsia recai nos poderes vinculados, podendo ser uma garantia do direito subjetivo do autor delitivo ou um poder discricionário, ficando o magistrado obrigado a analisar o caso e a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância a partir da situação de oportunidade.

Assim, apesar do princípio da insignificância possibilitar uma atuação mais discricionária ao Ministério Público e ao juiz, em teoria, ainda é impossível sua aplicação, no Brasil, conforme mencionado neste trabalho, principalmente como causa excludente de antijuridicidade e causa de extinção da punibilidade, em razão da ausência de qualquer previsão legal no ordenamento jurídico, o que impede a aplicação no caso concreto.

A invocação do princípio somente quando for da deliberação do Ministério Público ou do Juiz, não havendo qualquer previsão legal, é inconstitucional, pois fere direitos fundamentais do indivíduo e os princípios do direito penal mínimo ao permitir a aplicação de uma sanção penal a uma conduta típica, mas irrelevante ao direito penal.

Essas situações caracterizam o abuso do poder estatal sobre o indivíduo, em razão da restrição injusta de seus direitos, visto que, não era necessária a incidência da esfera penal na proteção ou reparação do dano causado ao bem jurídico tutelado, podendo ocorrer nas demais esferas do ordenamento jurídico.

A ausência de previsão legal expressa impossibilita ao indivíduo invocar o princípio da insignificância em determinados casos, o que torna a situação extremamente abusiva e injusta, pois impede que uma conduta, na qual não há interesse ao Direito Penal senão o preenchimento do tipo penal, deixe de configurar crime, trazendo essa condenação diversos efeitos negativos.

Como forma de evitar isso, auxiliar na análise das circunstâncias do caso concreto, no reconhecimento ou não da relevância do litígio para o Direito Penal, e tornar a resposta jurídica justa e proporcional, deve haver expressa previsão legal constitucional da aplicação do princípio sempre que o Ministério Público ou o magistrado, no exercício de seu poder discricionário, reconhecerem a aplicação do princípio da insignificância, cabendo tão somente verificar qual a natureza jurídica este terá naquele caso concreto conforme as circunstâncias presentes.

10- Conclusão

O objetivo fundamental deste trabalho foi demonstrar a possibilidade da invocação do princípio da insignificância em qualquer tipo penal quando sua aplicação for a medida mais justa, entendendo o magistrado não ser necessária a aplicação da pena, com fundamento nas circunstâncias do caso concreto.

O escopo era motivar a reflexão quanto à obrigatoriedade desnecessária do Direito Penal e da máquina estatal na criminalização de condutas delitivas insignificantes para a esfera penal, o que não significa que será para o ordenamento jurídico como um todo. O Direito Penal deve atuar somente como medida para reforçar ao indivíduo e à sociedade a necessidade de obediência à norma penal nos casos onde a ofensa impõe a necessidade da sanção penal.

É possível que o princípio da insignificância, dentro da penalística brasileira, permita a introdução de inovações dogmáticas quanto o funcionamento do Direito Penal, abordando uma teoria analítica e social do delito e do agente delitivo, trazendo uma contribuição no tratamento judicial mais justo sem que precise alterar ou criar novas normas de acordo com a necessidade e interesses da sociedade.

Se a finalidade do Direito Penal é a reeducação e ressocialização do infrator, não é possível a pena “ser considerada materialmente igualitária em uma sociedade desigual e

intrinsecamente injusta”.¹⁸³ Além disso, se a pena detém como finalidade a criminalização de condutas como resposta à ineficácia das normas vigentes é inimaginável que o Direito Penal seja utilizado excessivamente, tornando o direito sancionatório ineficaz e abusivo.

Os tipos penais previstos consistem somente em uma função simbólica de garantia da proteção do bem jurídico, mas não significa que deva a esfera penal ser invocada para solucionar o conflito se isto a tornar desproporcional e fomentadora do crescimento da criminalidade, permitindo ao agente delitivo insignificante aperfeiçoar sua prática de condutas criminosas com outros presos, que traz como consequência a dificuldade ao Estado em reinserir esse sujeito na sociedade em razão do estigma imposto pela condenação penal.

Indivíduos, vítimas da desigualdade social e econômica, acabam por cometer algumas condutas de revolta, como forma de compensação contra a sociedade vivenciada na sociedade. Sem a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância, a opção que sobrar ao Direito será condenar este sujeito à prisão, aplicando-lhe a pena cominada na lei penal como forma de reparação do crime cometido, sujeito esse que, em determinados momentos, preenche o requisito do estado de necessidade, além de não ter nenhuma previsão de melhora futura da condição de miséria e insegurança financeira de anos vivenciada.

A premissa do princípio da insignificância consiste no desinteresse do Estado em agir sobre condutas insignificantes, permitindo ao Direito Penal abster-se em dar continuidade na ação penal quando reconhecer a irrelevância do caso fático, ainda que o fato seja típico, antijurídico, culpável e punível. Não é concebível que um sistema penal, como última ratio do exercício do poder punitivo, busque resolver todas as mazelas da sociedade, aplicando respostas a todas as condutas delitivas previstas, pois isso caracterizaria o excesso de resposta estatal, violando diversos princípios limitadores do direito penal.

A exemplo de um extremo caso que trouxe um sentimento de desgosto com a aplicação do direito penal foi a condenação de Maria Aparecida, ex-empregada doméstica e portadora de "retardo mental moderado", por tentar furtar em 2004 um xampu e condicionador, somando juntos R\$ 24,00. Devendo cumprir um ano de pena, Maria Aparecida dividiu a cela com mais de 25 presas e em razão de suas circunstâncias particulares gerou um tumulto, que consequentemente levou à intervenção com gás lacrimogêneo.¹⁸⁴

¹⁸³ VICO MAÑAS, Carlos. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p.26.

¹⁸⁴ Revista Diálogo Jurídico. Ano I - Vol. I - Nº. 1 - abril de 2001 - Salvador - Bahia - Brasil. Delito de Bagatela: Princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato.

No entanto, diante do desespero em relação à situação, uma das presas jogou água no rosto de Maria Aparecida, a fazendo perder a visão de um olho, além de ser agredida por cabo de vassoura. Por R\$ 24,00 reais Maria Aparecida passou por intenso sofrimento, desconforto e perda da visão, sendo somente mais um dos inúmeros casos que ocorrem no ordenamento jurídico brasileiro, mas que acabam por ter essa situação de injustiça mantida pelo tribunal superior simplesmente pelo preenchimento da tipicidade formal e material, violando diversos outros princípios e direitos fundamentais

A violação dos princípios consagrados no ordenamento caracteriza uma violação muito mais grave do que a transgressão de uma norma, pois causa uma ofensa em todo o sistema de comandos, ao invés de um específico, como a não aplicação da sanção penal.¹⁸⁵ Logo, jamais poderá o Direito descumprir os princípios constitucionais e limitadores do Direito Penal, alicerces fundamentais, ainda que vá em desacordo com alguma norma vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Se for considerada insignificante não há interesse público na persecução penal, pois não o compromete gravemente, sendo mais vantajoso ao Estado e ao indivíduo a não condenação penal, podendo o caso ser transferido a outra esfera do direito, capaz de reparar o dano ao bem jurídico tutelado.¹⁸⁶

Surge assim a necessidade de um ordenamento jurídico penal dinâmico, com padrões de funcionamento conforme a variedade de regras estruturais, o que torna esse sistema flexível, se moldando de acordo com a sociedade sem deixar de preservar pontos de convergência, qual seja, o tipo penal único do ilícito.

Importante mencionar que o fato do princípio da insignificância permitir maior atuação discricionária, tanto do Ministério Público quanto do magistrado, sua aplicação não gera nenhum subjetivismo da autoridade judiciária, mas sim a concretização da justiça no caso concreto.

Por essa razão, cabe ao Direito utilizar todos os métodos possíveis, principalmente àqueles que permitam conhecer a vontade social e seu entendimento quanto à relevância do direito na proteção e reparação de danos em determinados casos concretos, pois, conforme mencionado neste trabalho, o direito penal não sanciona qualquer risco ou lesão a um bem jurídico praticado, mas somente naquelas condutas que a ofensa é intolerável à sociedade.

¹⁸⁵ RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados especiais penais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht. In: ROXIN, Claus. Strafrechtliche Grundlagentheorie. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, p.193.

Apesar disso, a aplicação do princípio da insignificância, dentro do sistema jurídico penal brasileiro, permanece abstrata, o que impossibilita a adaptação do Direito na aplicação de medidas justas, conforme as mutações da sociedade. Não precisamos alterar normas já consagradas, mas sim a forma como são aplicadas no ordenamento jurídico, pois a sociedade é formada por uma teia de multiconexões, o que implica na incidência de diversas circunstâncias.

Ao invés de rejeitar e afastar esse instrumento, é necessário que o ordenamento jurídico brasileiro o ressignifique, corrigindo obstáculos na construção dogmática estrangeiros os adequando à realidade da sociedade brasileira e suas peculiaridades, tornando sua aplicação segura ao afastar o abstracionismo da dogmática jurídico penal do princípio da insignificância. A realidade é mais dinâmica que a lei, e por isso é necessário que o ordenamento jurídico brasileiro tenha um instrumento capaz de permitir a adaptação do direito penal às transformações e imprevisibilidades do mundo.¹⁸⁷

O reconhecimento e introdução expressa do princípio da insignificância, no ordenamento jurídico brasileiro, permite a existência de uma saída, para o Ministério Público ou pelo magistrado, como forma de afastar a obrigatoriedade de julgamento penal na aplicação do Direito e concretização da justiça, independentemente do contexto histórico e social da sociedade. A aplicação do princípio da insignificância teria como finalidade reduzir a atuação do Direito Penal, reforçando que somente irá incidir quando for estritamente necessário para a proteção do bem jurídico.¹⁸⁸

Deve o Direito estar aberto a mudanças jurídicas, sem deixar de apoiar-se nas fontes já consagradas no ordenamento jurídico brasileiro, como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e os limitadores do Direito Penal. Além disso, deve o princípio da insignificância ser consagrado como normativo constitucional, passando por um processo de concretização dentro no ordenamento jurídico, viabilizando sua aplicação ao caso concreto como solução para aplicação da medida mais justa.¹⁸⁹

Este princípio assemelha-se a um remédio constitucional, na medida em que se torna um instrumento à disposição do agente delitivo e do poder judiciário, como forma de impedir ilegalidades e abuso do poder estatal, prejudicando de forma injusta direitos e interesses individuais, o que configura em uma repressão desnecessária e desproporcional, além de

¹⁸⁷ ALMEIDA, Dalva Rodrigues Bezerra de. Princípio da insignificância e juizados especiais criminais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007, p.28.

¹⁸⁸ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.94.

¹⁸⁹ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.137.

contribuir para o aumento da população carcerária e desperdício do orçamento estatal na manutenção deste preso considerado insignificante e irrelevante para o Direito penal.

11- Referências

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Dalva Rodrigues Bezerra de. Princípio da insignificância e juizados especiais criminais. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 2007.
- BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.
- BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988.
- BATISTA, Vera Malagutti. Introdução crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2ª ed, julho de 2014.
- BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4, n. 15, jul/set. 1996.
- _____. Tratado de direito penal: parte geral 1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Tratado de direito penal: parte geral, 1. – 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- _____. Tratado de direito penal: parte geral. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRUNO, Aníbal. Direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1, t. 1.
- CAPEZ, Fernando, Curso de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2007, p.29.
- _____. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: 24ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.92.
- CARVALHO, Márcia Dometila apud SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da reação social. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CASTRO. Alexander de. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: Análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica. (1964-2016). Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 74, p.45, jan./jun. 2019.

CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. Culpabilidade e reprovação penal. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CORNEJO, Abel apud SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. HC 363.948/SP, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016.

_____. HC 382.173/RJ, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Julgado em 16/5/2017, DJe de 24/5/2017.

_____. HC 363.948/SP, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016.

_____. HC 382.173/RJ, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Julgado em 16/5/2017, DJe de 24/5/2017.

_____. HC 60949/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, 2007.

_____. AgRg no REsp 1.844.935/PR, Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 12/5/2022.

_____. AgRg no HC 744.104/SP, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.

_____. AgRg no HC 736.390/RS, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022.

_____. Recurso Especial nº 1.244.828/RS (2011/0065308-2). Inteiro teor do acórdão, p.02. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100653082&dt_publicacao=14/08/2012>. Acesso em: 6 outubro. 2022.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. HC 138156, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 01/06/2017, Publicação: 05/06/2017

_____. 2ª Turma, HC 127.573, p.07, j. 08.11.2019.

_____. RHC 118.972/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. 03.06.2014.

_____. ARE 1339267/RS - Relator: Min. Luiz Fux - Julgamento: 30/08/2021 - Publicação: 31/08/2021.

ESCOLA, Hector Jorge. El interés público como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Robert Merton e o Funcionalismo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

FEUERBACH, [Paul Johann] Anselm (Ritter von). Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Giessen: Heyer, 1847.

FILHO, Francisco Bissoli. Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: ed. Obra Jurídica, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. Temas de direito penal e processo penal. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 6ª edição. São Paulo, 1982.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Direito Penal – parte geral. V. 3. São Paulo: RT, 2004.

_____. MOLINA, Antônio García-Pablos de. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato. Revista Diálogo Jurídico. 2001, p. 145. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acessado em: 11 de março de 2022.

GONZAGA, Christiano. Manual de Criminologia. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597219/>.

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

_____. Curso de direito penal parte geral. Rio de Janeiro - RJ, Impetus, 2008.

_____. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 6.ed. Niterói: Impetus, 2011.

HASSEMER, Winfried apud PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1978.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

JESCHEK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal. Parte general. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981.

JESUS, Damásio de. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direito penal – parte geral, ed 36, Saraiva. 2015.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados especiais penais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

_____. Princípio da Insignificância no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p.41/42.

LUISI, Luiz. O princípio da insignificância e o Pretório Excelso. Boletim IBCCRIM, ano 6, fev. 1998.

LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da Insignificância em Matéria Penal: Entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista Direito GV, São Paulo, I, jan/jun. 2012.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hassan. O princípio da insignificância e o crime continuado, sob uma angulação processual. Boletim IBCCRIM, Rio de Janeiro, RJ, ano 15, n. 182, jan. 2008.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal. Campinas: Millennium, 1999. Volume III

MARX, Karl. Para a crítica da economia política. – São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MASSON, Cleber. direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120) / Cleber Masson. — 10. ed. — Método, 2015.

_____. Código penal comentado. 4. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: Método, 2016.

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

_____. O Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal. Revista dos Tribunais, 2003.

MIR PUIG, Santiago apud BIANCHINI, Alice. Direito penal: introdução e princípios fundamentais. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAULO NETTO, José. Introdução ao Estudo de Marx. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. Citação de Karl Marx, 1982.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Curso de direito penal: parte geral, arts. 1.º ao 120. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Processo Penal - O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites, ed. Forense, 1 ed., 1986.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do Princípio da Insignificância. Boletim IBCCRIM, ano 9, n. 109, dez. 2001.

PRESTES, Cássio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo. 2ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

_____. “Princípio da Insignificância.” São Paulo, setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/476/>>. Acesso em: 08/06/2021.

Revista Diálogo Jurídico. Ano I - Vol. I - Nº. 1 - abril de 2001 - Salvador - Bahia - Brasil. Delito de Bagatela: Princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato.

ROCHA, Carla Bianca Olinger. Princípio da insignificância: origem, natureza jurídica, critérios de reconhecimento e críticas. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/revista/edicoes/2019/8/20>>.

ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006, p.299.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.48/49.

SANGUINÉ, Odone apud VICO MAÑAS, Carlos. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. Princípio da insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

SOUZA, Fernando Antonio C. Alves de. Princípio da insignificância: os vetores (critérios) estabelecidos pelo STF para a aplicação na visão de Claus Roxin. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal n°. 31. Ago-Set. 2009. p. 26. Disponível em: <<http://docs.com/pdf/100002968211279/2ec9ef4ca7174332984c5911b53407ca?popup=1>>

SUTHERLAND. Edwin H. Princípios da Criminologia, 1960.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

VON LISZT, Franz. Tratado de direito penal alemão. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889. t. I.

WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal – parte geral. 4ª ed. Tribunais, 2001.

_____. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.1.

ZIPF, Heinz. Introduccón a la política criminal. Madrid: Edersa, 1979.

