

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICAÇÃO

JURISPRUDENCIAL

THE PRINCIPLE OF MEANINGLESSNESS AND

HIS JUDICIAL APPLICATION

FERNANDO MARTINS MARIA SOBRINHO

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade Positivo. Pós Graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Professor de Direito Penal no Curso Jurídico. Advogado. Membro da Comissão de Advocacia Criminal da OAB/PR. Membro do Conselho Editorial de periódicos especializados nacionais. Coordenador do periódico nacional (Informativo Virtual CAI) da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro da Associação Paranaense dos Advogados Criminalistas (APACRIMI). Membro do grupo de pesquisa "Direito Penal Econômico: repercussões da sociologia contemporânea" coordenado pelo Professor Doutor Fábio André Guaragni.

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1992), graduação em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Paraná (1991), Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e Doutorado em Direito das Relações Sociais, com ênfase em Direito Penal, pela Universidade Federal do Paraná (2002). Realizou estágio Pós-Doutoral na Università degli Studi di Milano (2012). Atualmente é professor titular do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, professor da Escola da Magistratura do Paraná - EMAP e professor da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná - FEMPAR. Possui livros publicados, dentre eles, Teorias da Conduta em Direito Penal, pela Editora Revista dos Tribunais. Promotor de Justiça no Estado do Paraná, tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direito penal, processo penal, direito penal ambiental, sociedade de risco e direito penal econômico.

RESUMO

O princípio da insignificância surgiu na Europa, a partir da primeira Guerra Mundial, no século XX; destacando-se, aqui, o doutrinador Claus Roxin, pois foi quem o formulou pela primeira vez. O presente trabalho tem como finalidade compreender e conceituar o princípio da insignificância, bem como verificar as possibilidades de aplicá-lo ao caso concreto. Assim, torna-se necessário o estudo do quem vem a ser o bem jurídico e sua distinção com o bem jurídico penal, além da análise quanto à atipicidade da conduta, bem como a correlação com a tipicidade formal e material. Nesse sentido, há o entendimento de que o princípio da insignificância estabelece a atipicidade da conduta, pois para ser considerada penalmente típica, faz-se necessário que tenha afetado o bem, não bastando uma mera adequação ao tipo. Além disso, esse princípio reafirma a idéia de *ultima ratio* do Direito Penal, tendo um caráter subsidiário. Demonstrou-se que a jurisprudência da Corte Suprema Brasileira dispõe de mecanismos para aplicar o princípio da insignificância e assim, afastar uma futura penalização desnecessária.

PALAVRAS CHAVE: bem jurídico, bem jurídico penal, atipicidade da conduta, tipicidade formal, tipicidade material.

ABSTRACT

The principle of insignificance came to Europe from the First World War, in the twentieth century; highlighting here the counselor Claus Roxin, as was the one who made the first time. This study aims to understand and conceptualize the principle of insignificance, as well as the possibilities of applying it to the case. Thus, it becomes necessary the study of who becomes the legal interest and its distinction with the criminal legal interest, as well as analysis on the atypical nature of the conduct and the correlation with formal typicality and material. In this sense, there is the understanding that the principle of insignificance establishes the atypical conduct, as to be considered criminally typical, it is necessary that has affected the well, not simply a mere adaptation to the type. In addition, this principle reaffirms the idea of *ultima ratio* of criminal law, having a subsidiary character. It has been shown that the case law of the Brazilian Supreme Court has mechanisms for implementing the principle of insignificance and thus warding off future unnecessary penalty.

KEYWORDS: legal right and criminal justice, atypical of conduct, formal typicality, typicality material.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente percebe-se claramente uma busca pela aproximação entre a ciência do Direito Penal e a realidade social, a necessidade de a dogmática penal ocupar-se com problemas concretos e que realmente carecem da sua tutela e intervenção. Essa necessidade decorre do surgimento, dia após dia, de delitos que, embora apresentem baixo potencial lesivo aos bens jurídicos, acabam por abarrotar o sistema penal.

Na realidade, pretende-se fazer com que o Direito Penal não seja apenas uma ciência, mas uma forma de auxiliar no controle da sociedade com instrumentos baseados nos ideais do Estado Democrático de Direito, deixando de ser visto como um instituto “cruel e vingativo”.

O princípio da insignificância ou princípio de bagatela brotou na doutrina como uma manifestação contrária ao uso excessivo da sanção, uma vez que a conduta do agente afeta de forma insignificante o bem jurídico tutelado, por mais que essa conduta atinja os requisitos da tipicidade formal. Por esse motivo, não se justifica a atuação do Direito Penal, como, também, a imposição de uma sanção.

Para se ter uma melhor compreensão do que vem a ser o Princípio da Insignificância e de sua aplicação, este trabalho, em seu primeiro capítulo, tem o escopo de elucidar o conceito de bem jurídico, a sua função, a distinção existente entre um bem jurídico e um bem jurídico penal, a sua importância no discurso do Direito Penal e, também, o bem jurídico penal a partir do contexto da Constituição Federal, pelo fato de esse bem ter um papel fundamental na caracterização de tal princípio.

À frente, estabeleceremos a correlação entre o princípio da insignificância com alguns princípios constitucionais. O da legalidade, como base do sistema penal, com função de controlar e limitar o poder punitivo Estatal, excluindo todo e qualquer abuso na atuação desse poder, pois não há crime sem lei anterior que o defina, bem como não será admissível uma penalização. Outro princípio de extrema importância é o da intervenção mínima, o qual assegura que o Direito Penal intervenha apenas em situações que afetem de forma grave e significativa os bens jurídicos mais importantes, ou seja, o Direito Penal atua quando as demais áreas do direito não conseguem operar. Isso acontece para evitar que ocorram sanções desumanas,

cruéis e desnecessárias. O princípio da lesividade caminha sob os mesmos aspectos, proibindo a aplicação de sanções às condutas que lesem de forma irrelevante bens jurídicos protegidos em tipos penais.

Em seguida, será destacado o foco principal deste trabalho, a aplicação do princípio da insignificância. No capítulo em que será conceituado tal princípio, bem como o seu desenvolvimento histórico, pretende-se demonstrar, também, que esse princípio não se confunde com a irrelevância penal do fato, nem com as infrações de menor potencial ofensivo.

Será abordada, ainda, a relação existente entre o princípio da insignificância e a atipicidade da conduta, por meio de uma análise da tipicidade formal e material. Dessa forma, uma conduta, para ser considerada típica, não basta estar adequada exatamente a um determinado tipo penal – tipicidade formal – faz-se necessária uma análise da lesão ao bem jurídico protegido – tipicidade material. Assim, surge o princípio da insignificância para desconsiderar condutas que não afetem o bem jurídico e, conseqüentemente, sejam desprovidas de tipicidade material.

Posteriormente, demonstraremos a diferença entre os princípios da insignificância e da adequação social, visto que este envolve comportamentos socialmente toleráveis e aquele será aplicado no crime de roubo, como se poderá observar, por fim, neste trabalho.

O presente estudo, apresentado em forma de artigo, tem como objetivo contribuir para a doutrina, disseminando a aplicação do princípio da insignificância. Para isso, parte-se de uma análise da afetação de um bem jurídico essencial por uma conduta e da necessidade de proteção pelo Direito Penal. Dessa forma, é importante destacar que o Direito Penal é a *ultima ratio*, isto é, somente será instrumento de regulamentação diante de situações em que as outras áreas do Direito não conseguirem regulamentar, pois assim teremos uma justiça criminal mais humana.

2. BENS JURÍDICOS

A finalidade do presente artigo, ainda que sumária e parcial, é analisar, doutrinária e dogmaticamente, o princípio da insignificância. Contudo, para que se atinja esse objetivo, faz-se necessário conceituar o bem jurídico, determinando qual

sua função no Estado Democrático de Direito. Estes elementos – conceito e função – são indispensáveis para a compreensão do momento em que um determinado bem se transforma em um bem jurídico penalmente relevante. De igual sorte, apenas a compreensão da importância do bem jurídico penal permitirá a análise do princípio da insignificância, pois esse princípio, criado por Claus Roxin, nada mais faz do que enaltecer a importância do bem jurídico no discurso do Direito Penal.

2.1 CONCEITOS

Bem é tudo aquilo a que se pode atribuir valor, introduzido no mundo jurídico como objeto de Direito. O conceito de Bem é histórico e relativo. Histórico, pois a idéia de utilidade varia de acordo com o progresso da cultura humana no decorrer do tempo, e relativo porque a variação ocorre devido às necessidades diversas encontradas pelo homem ao longo de sua existência.¹

Seguindo a doutrina de Wezel, o bem jurídico é um “bem vital da comunidade ou do indivíduo que, por sua significação social, é protegido juridicamente.”²

Bem, no sentido *lato*, é tudo aquilo que se apresenta para nós como digno, útil, necessário e valioso. Os bens são coisas reais ou objetos ideais dotados de um valor. Em outras palavras, são objetos materiais e imateriais que, além de serem o que são, valem. Devido a isso, são, em geral, apetecidos, procurados, disputados e, por esses mesmos motivos, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões³.

Juarez Tavares traça quatro vertentes no que tange ao conceito de bem jurídico: uma positivista, uma neokantiana, uma funcionalista e outra ontológica. Ainda que se caracterizem pela mesma orientação, estão muitas vezes impregnadas de outras idéias e argumentos que não correspondem, no fundo, ao seu verdadeiro escopo. Pelo doutrinador, esse seria o real motivo de haver tanta dificuldade na conceituação de bem jurídico. Embora no cerne do Direito Penal democrático seja

¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed. rev., atual. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 347.

² WEZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. P.G. Trad. de Bustos Ramirez. Barcelona: Bosch, 1950. p. 15.

³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15.

exigida uma absoluta transparência do objeto lesado como forma de comunicação normativa, o conceito de bem jurídico (ou sua delimitação) é nebuloso.⁴

Fragoso destaca que o bem jurídico não é apenas um esquema conceitual, que visa proporcionar uma solução técnica. É o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade são baseadas no sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído. Logo, constitui, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo Direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo Direito. É, portanto, um valor da vida humana que o Direito reconhece, preservado pela norma.⁵

Seguindo a doutrina de Anibal Bruno, a escolha dos bens jurídicos envolve um agente histórico. Tratando dos fins do Direito Penal, o autor refere-se aos bens jurídicos como os interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade, os quais, pelo seu valor social e pela consciência comum do grupo, ou das camadas sociais predominantes, são elevados à categoria de bens jurídicos.⁶

Da mesma maneira, Von Liszt retratava que o bem jurídico era tido como interesse da vida humana juridicamente protegido⁷. Já Welzel o conceituava de duas maneiras: como sendo esse o bem vital da sociedade ou do cidadão, concebendo-o como um estado social desejável.⁸

A noção de bem jurídico origina-se das necessidades do homem, decorrentes de experiências concretas da vida. Quando essas necessidades estão aliadas aos dados sociais, historicamente vinculados à experiência humana, expõem uma universalidade e objetividade que possibilitam sua generalização. Tal fato se solidifica através da discussão racional e do consenso, bem como de sua concreção em postulados axiológicos materiais.⁹

O conceito de bem jurídico não é o elemento que possui finalidade de poder separar – por meio de subsunção e dedução – a conduta que deve ser punida

⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 180.

⁵ FRAGOSO, H. C. **Lições do direito penal**. PG. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 277-278.

⁶ ANIBAL, Bruno. **Direito penal**. PG. v. I. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1959. p. 15.

⁷ FRANZ, Von Liszt. **Tratado de direito penal alemão**. *apud* TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 219.

⁸ HANS, Welzel. **Derecho penal alemán**. P.G. Trad. de Bustos Ramirez. Barcelona: Bosch. p. 15.

⁹ PRADO, LUIZ R. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. ver., atual e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 49.

daquela que deve ficar impune. Trata apenas de uma denominação daquilo que é lícito considerar digno de proteção na perspectiva dos fins do Direito.¹⁰

Como consequência, bem jurídico não pode ser entendido em seu sentido puramente material, como pessoa ou objeto, mas no sentido de característica dessa pessoa e de suas relações. Isto é, tido como um valor decorrente da vida individual e social. Para delimitação, os bens jurídicos prescindem de qualquer classificação, uma vez que são originários da pessoa humana. A doutrina, porém, classifica-os utilizando-se de critérios aleatórios. De acordo com seu “titular”, existem bens jurídicos individuais (vida, integridade física, honra, liberdade, patrimônio), coletivos (meio ambiente, fé pública, paz pública) ou estatais (administração pública, da justiça, soberania). Segundo uma linha de percepção, haveria bens jurídicos concretos (vida, integridade corporal, patrimônio) e abstratos (fé pública, paz pública, incolumidade pública). Ainda assim, de acordo com a “natureza”, haveriam bens jurídicos naturais (vida, integridade física e liberdade) e normativos (patrimônio, administração pública, ordem pública econômica). Segundo seus “elementos”, distinguem-se bens de origem real (vida, integridade corporal e saúde) de origem ideal (honra, sentimento religioso). Essa classificação é metodológica, servindo, assim, para identificação e qualificação do bem que se pressupõe lesado, posto em perigo pela ação do agente. Porém, esta classificação além de ser arbitrária, implica em três consequências diretas. A primeira é a imposição da adoção de um sistema dualista, de que os bens possam ter origem tanto na seara individual quanto na coletiva ou estatal, de acordo com sua funcionalidade. A segunda incrementa um estado de proteção simbólica desses bens, principalmente quando se regem os coletivos. A terceira torna obscuras suas propriedades, na medida em que são interpretadas como interesses do estado, da comunidade ou *status*. Por óbvio, só poderá ser reconhecido como bem jurídico o objeto que possa ser reduzido a um ente próprio do indivíduo. Assim sendo, deve implicar determinado valor, direta ou indiretamente.¹¹

O conceito de bem jurídico foi resultado de uma lenta elaboração doutrinária, empenhada na busca de um conteúdo material para o ilícito, do qual se pudesse deduzir orientação segura para a aplicação da lei. Vale ressaltar que nem todo bem

¹⁰ ROXIN, Claus. *ob. cit.* p. 61.

¹¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 202-218.

é um bem jurídico e, também, nem todo bem jurídico se coloca sob a tutela específica do Direito Penal. Essa conclusão decorre do caráter limitado dessa seara do Direito¹².

2.2 BEM JURÍDICO PENAL

O bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um determinado objeto protegido pelo Estado, revelando seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que afetem esse senso.¹³

Esses valores individuais são objetos de satisfação e/ou aprovação do sujeito, ou úteis ao mesmo. Deve-se esclarecer que o bem jurídico ocupa um ponto central na estrutura do delito, pois constitui uma realidade válida em si mesma, não dependendo em hipótese alguma de qualquer tipo de subjetividade por parte do legislador.¹⁴

Segundo a doutrina, o bem jurídico tem o escopo de limitar a atuação do legislador penal, razão pela qual se transforma em um dos princípios basilares da teoria do delito. Seu surgimento se legitima por meio de razões políticas, como consequência dos acontecimentos e transformações econômicas e sociais vividas em determinada época.¹⁵

Se adotada a noção de bem jurídico como objeto de proteção do Direito Penal, é necessário proceder-se a uma redução de seu conceito, a fim de diferenciá-lo das simples funções, com as quais não deve ser confundido. Não se enquadram, assim, no conceito de bens jurídicos, os meros sentimentos, sensações, opiniões, moralidade etc. A exigência de que o Direito Penal só é responsável por assegurar os bens uma vez demandados previamente pelo homem é questionada quando se expõe outro elemento basilar do Direito Penal: a pena.¹⁶

¹² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 16-17.

¹³ ZAFFARONI, E. **Tratado de derecho penal**. v. 3. Buenos Aires: Ediar, 1982. p. 238.

¹⁴ PRADO, LUIZ R. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. ver., atual e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33-36.

¹⁵ PRADO, LUIZ R. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. ver., atual e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 22.

¹⁶ ROXIN, Claus. **Deretcho penal parte general**. Tomo I. Civitas, 1997. p. 54.

Portanto, é a tutela dos bens jurídicos que marca o limite do escopo ético do Direito Penal. A função primordial da pena – coerção penal – é materializar esse escopo, que, por sua vez, é a prevenção de futuras afetações ao bem jurídico.¹⁷

O principal objetivo da doutrina reguladora dos bens jurídicos é o de limitar a atuação do legislador, para que esse puna somente aqueles comportamentos que de fato os lesionem. Condutas que somente atentassem contra a moral, ou valores sociais, não deveriam ser consideradas delituosas. Por óbvio, objetiva-se alcançar uma precisão maior no conceito de bem jurídico. Esse também era o principal problema da doutrina que tutelava os mesmos: ficar engessada somente nesta área. O necessário seria estender o conceito de bem jurídico para que este pudesse tutelar o Direito Penal como um todo, sem abandonar as áreas não tuteladas por não serem partes integrantes desse bem. Quanto mais vago o conceito de bem jurídico e quanto mais objetos ele visar abarcar, mais tênue é a possibilidade de contestar se o Direito Penal realmente cumpre sua função preventiva.¹⁸

2.3 FUNÇÃO

A prioridade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos. Sob o tema, no âmbito penal, a função utilitária e gratuita do Direito é tutelar os cidadãos contra a agressão a direitos subjetivos e interesses fundamentais, sejam individuais ou da sociedade.¹⁹

No Estado Despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado Absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é também o estado do cidadão.²⁰

O ordenamento jurídico se constitui no principal pilar da formação e do conteúdo de um Estado de Direito, fazendo do indivíduo um cidadão, protegendo seus direitos, liberdades e igualdades mediante à atuação de órgãos públicos. No

¹⁷ ZAFFARONI, E. R. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral: ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 98.

¹⁸ HASSEMER, WINFRIED. **Derecho penal simbólico y protección e bienes jurídicos**. Vários Autores “Pena y Estado”. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995. p. 23-36.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales**. Itália: Trota, 1995.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1992. p. 61.

Estado de Direito, a ideia de bem jurídico não pode ser desvinculada da tutela penal. Se o fosse, tornar-se-ia ilegítima sob a ótica constitucional.²¹

Por isso, o objetivo do Direito Penal é defender a sociedade, protegendo bens, valores ou interesses e garantindo a segurança jurídica, a confiabilidade nela, ou confirmando a validade das normas. Entre os doutrinadores brasileiros, prevalece o entendimento que o fim do Direito Penal é a defesa dos bens jurídicos. Alguns colocam a defesa desse bem jurídico como o meio empregado para a defesa da sociedade, concebida eventualmente como combate ao crime. Em contrapartida, outros enfatizam que a defesa dos valores sociais subjazem nos bens jurídicos ou no robustecimento e na consciência social desses valores.²²

Thomas Würtenberger afirma que o bem jurídico está no centro do problema penal, atribuindo uma função limitadora, fundamental para a formação do ilícito penal.²³

Em contrapartida, Jescheck pronuncia que o bem jurídico possui distintas funções para o Direito Penal. A primeira delas é a de orientação dos tipos descritivos, pois o bem jurídico é o centro do tipo, em torno do qual devem estar todos os elementos objetivos e subjetivos, sendo um instrumento importante de interpretação. A segunda função é que o bem jurídico, “como pedra angular da estrutura dos tipos penais”, admite a classificação e a formação de vários grupos de tipos penais. Por fim, a terceira função que o bem jurídico desempenha é ser utilizado, no Direito Processual Penal, como critério para a determinação do ofendido. Também, o bem jurídico tem um papel decisivo na configuração da legítima defesa, estado de necessidade, configuração do crime continuado, entre outros, tendo forte atuação como critério na interpretação dos tipos penais.²⁴

Pondere-se que o bem jurídico pode exercer cinco funções no Direito Penal. Uma função axiológica, identificadora das valorações que orientam a seleção do legislador. Uma função sistemática, classificatória, sendo este um importante princípio que ajudou a construir um sistema para a ciência do Direito Penal, pois,

²¹ PRADO, LUIZ R. *op. cit* **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 71.

²² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 111-114.

²³ Thomas Würtenberger, **apud** TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 18.

²⁴ JESCHECK, Hans-Heirich *et* WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradución de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. corrig. e ampl. Comares: Humblot, 1996. p. 276-277.

auxiliou no concurso de crimes. Uma função exegética, já que o bem jurídico, como menciona Aníbal Bruno, é o componente principal do preceito, sendo um respeitável instrumento metodológico para a interpretação das normas penais. A outra é a função dogmática, ou seja, em vários momentos o bem jurídico aparece como uma base epistemológica para a teoria do crime, como nos conceitos de resultado, tentativa, dano, perigo, entre outros. E, por fim, o autor aponta a função crítica, pois com a indicação do bem jurídico é possível constatar as concretas opções e as finalidades do legislador.²⁵

2.4 A IMPORTÂNCIA DO BEM JURÍDICO PENAL NO DISCURSO DO DIREITO PENAL

Outro problema enfrentado pela doutrina é a identificação de quais bens são efetivamente tutelados pelo Direito Penal. Para identificá-los, devem-se analisar as condutas ilícitas previstas no ordenamento penal que são efetivamente sancionadas e que proíbam comportamentos lesionadores de certo objeto classificado como bem jurídico. O objetivo do Direito Penal não se limita tão somente a punir o indivíduo com uma pena – considerando pena como instrumento idôneo ao menos em parte para fazer com que os indivíduos respeitem as leis – mas, também, em fazer com que seja cumprido o caráter preventivo da função das mesmas. Ademais, podemos afirmar que a tutela efetiva dos bens jurídicos assegurada pelo Direito Penal será sempre inferior ao que prevê a lei.²⁶

A proteção dos bens jurídicos se dá por meio da cominação de pena a determinadas ações dos indivíduos que colocam em perigo determinados interesses de uma sociedade, como, por exemplo, a liberdade, a propriedade, a vida etc. Em outras palavras, o legislador visa proteger os interesses de qualquer pessoa que busque atingi-los, aplicando assim uma sanção a eles. O reconhecimento dos interesses da sociedade pelo ordenamento jurídico é o que determina esses bens jurídicos.²⁷

²⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 96-97.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales**. Itália: Trotta, 1995.

²⁷ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi Srl, 1997. p. 43-44.

O bem jurídico não é apenas um objeto a ser tutelado pelo Direito Penal; ele também é um critério de criminalização, pelo fato de se constituir em objeto da proteção penal. Por óbvio, toda lesão a algum bem jurídico deve ser criminalizada, mas nem todo bem jurídico deve ser protegido por meio da criminalização. Não se pode admitir a criminalização de determinadas condutas, se estas não causarem dano aos bens de interesse individual ou coletivo. Na escolha do bem jurídico a ser tutelado, deve-se considerar a relevância do Bem, para que este venha a ser objeto de proteção penal. A lesão ao bem jurídico tutelado, reafirma um dos princípios basilares do Direito Penal, o da limitação do poder de punir.²⁸

Analisando a teoria do bem jurídico, verifica-se que ela visa limitar a atuação do Direito Penal, mas, na medida em que praticamente todo interesse, toda finalidade ou qualquer função do sistema social é considerado um bem jurídico, essa capacidade limitante do conceito de bem jurídico, na realidade, é nula.²⁹

Conclui-se, assim, que a missão do Direito Penal é a de proteger bens jurídicos por meio da cominação, aplicação e execução da pena.³⁰

2.5 O BEM JURÍDICO-PENAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO

Segundo os ensinamentos do professor Luiz Regis Prado, o legislador deve necessariamente considerar os princípios penais formadores (fundantes) do ordenamento penal para selecionar o conteúdo que deve ser tutelado ou não. Esses valores são encontrados no texto constitucional que é o núcleo constitutivo do Direito Penal. Vale ressaltar que a idéia do princípio deve ser lida como algo que fundamenta, delinea e limita o âmbito penal.³¹

Para Prado,

O legislador deve se preocupar em considerar os valores fundamentais, sem desfigurar, através das tipicidades penais, o sentido que lhes foi atribuído. Desse modo, impõe-se a elaboração de um conceito material de delito, sobretudo a partir dos ditames jurídico-constitucionais, gizada na atividade legislativa penal de individualização dos bens que devem ser protegidos.³² Assim, “o Estado de Direito como Estado constitucional surge

²⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2008. p. 14-18.

²⁹ BACIGALUPO, Enrique, *ob. cit.* p. 44.

³⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 116.

³¹ PRADO, Luiz R., *op. cit.* p. 66.

³² PRADO, Luiz R., *op. cit.* p. 96.

fundado na idéia de liberdade dos indivíduos, das comunidades e dos povos, e por ela, busca-se a limitação do poder político.”³³

A Carta Política do Estado Social e Democrático de Direito é a expressão primeira dos valores vigentes. Isso significa que ela une os valores mais representativos da comunidade à qual se dirige, indicando uma proteção adequada a esses valores. É, na opinião de Marcelo Rodrigues da Silva, sem dúvida o referente material mais valioso de bens jurídicos.³⁴

Por fim, tipos penais não podem ser calcados sob bens jurídicos de abstração impalpável, ou seja, aqueles que não permitem pensamentos fictícios. A proteção subsidiária dos bens jurídicos, cujo objetivo é limitar o poder de punir do Estado, é hábil em fazê-lo, se for deduzido das finalidades do Direito Penal e a proteção dos Direitos Humanos fundamentais e de liberdade for nele integrada.³⁵

A Constituição não tem como escopo a criação axiológica de um sistema no qual possamos depreender bens jurídicos, mas exerce papel fundamental de limitação da perspectiva social desses bens, estabelecendo os princípios normativos que deverão ser tidos como pilares pelo legislador penal na tipificação das condutas. Portanto, deve ser tida como uma ordem fundamental tanto do Estado como da sociedade, devendo instituir princípios relevantes para que haja uma sociedade bem ordenada, sendo definida uma ordem essencial constitucional básica, com o condão de recolher as tensões da integração comunitária e o pluralismo social e econômico. No rol de atribuições da Constituição Federal não é encontrado o estabelecimento de bens jurídicos penais, mas, sim, a limitação dos poderes vinculando juridicamente os titulares do poder, realizando, então, a sua função garantística dos direitos e liberdades inerentes ao indivíduo.³⁶

Vale ressaltar que alguns doutrinadores são favoráveis a uma acentuada repressão penal, afirmando a inexistência de uma obrigação constitucional explícita

³³ PRADO, Luiz R., *op. cit.* p. 72.

³⁴ SILVA, Marcelo Rodrigues. **Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal.** *ibccrim* ano 11. n. 45 outubro-dezembro, 2003. p. 169.

³⁵ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Tradução de Luiz Grego. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 50-53.

³⁶ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição.** 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1.272-1.276.

de incriminação para a preservação de qualquer bem jurídico, exceto nos casos em que se mostrar sua rigorosa necessidade.³⁷

A Constituição Federal é a fonte formal das normas penais, ou seja, o Direito Penal é subordinado à Constituição, que traça limites além dos quais as normas – inclusive as penais – não poderão ir, sob pena de inconstitucionalidade.³⁸

O Direito penal deve se harmonizar com as garantias e liberdades estabelecidas pela Constituição Federal, ao passo que o Direito Constitucional estipula quais são as condições sob as quais o Estado assume o seu papel sancionador. O Direito Penal é fundamentado pelo ordenamento magno no sentido de que as normas presentes nele são as próprias normas constitucionais, autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. Essas limitações impostas pela Constituição assumem dois desdobramentos: o primeiro seriam os formais, referentes aos aspectos exteriores, e o segundo seriam os materiais, relativos ao seu conteúdo, dando então origem à perspectiva sancionatória e fragmentária do Direito Penal.³⁹

A doutrina moderna entende que o Direito Penal tem como escopo magno tutelar os bens jurídicos. Tomando como ponto de partida a ideia de que a Lei Maior traz consigo os princípios máximos de justiça, qualquer ofensa a um bem jurídico protegido pelo Direito Penal terá de ser comparada com os princípios constitucionais.⁴⁰

3. PRINCÍPIOS

Princípios são proposições de caráter geral que informam determinado ramo de conhecimento. A palavra princípio deriva do latim *principium*, significando

³⁷ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio, *apud* TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 180.

³⁸ MAGALHÃES NORONHA, Eduardo. **Direito penal**. Introdução e Parte Geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 22-23.

³⁹ DOTTI, Rene Ariel. **Curso de direito penal**. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 103.

⁴⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 88.

começo, início. Cientificamente falando, assume o significado de fundamento, aludindo ao porque das coisas.⁴¹

Kant, em sua obra *Crítica da Razão Pura*, conceitua como “toda proposição geral, que resulta de uma indução da experiência, que sirva de premissa maior ao silogismo.”⁴²

No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello,

Princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.⁴³

Para Rui Portanova,

os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos.⁴⁴

Os princípios têm como características:

- grau de abstração relativamente elevado, tem caráter genérico e pouca densidade normativa;
- estão ligados à ideia de justiça, refletindo valores positivados na ideia de direito vigente;
- iluminam o sentido das leis, no sentido de que as regras devem ser aplicadas de acordo com o que irradiam os princípios;
- tem função normogenética, embasando as regras jurídicas, e função sistêmica, unificando o sistema e dando-lhe coerência lógica.

Segundo a extensão de aplicabilidade, os princípios podem ser de três ordens: a) omnivalentes, quando aplicáveis a todas as ciências; b) plurivalentes,

⁴¹ BRAGA, Wladimir F. L. **Os princípios gerais do direito**. Disponível em: <http://www.fdc.br/Artigos/..%5CArquivos%5CArtigos%5C14%5CPrincípiosGerais_Direito.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2014.

⁴² MACEDO, Sílvio. **Enciclopédia saraiva de direito**. v. 60, vb. Princípios. Coordenação do Professor R. Limongi França. São Paulo, 1977. p. 505.
Melo, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 300.

⁴⁴ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999. p. 14.)

quando informam algumas ciências; c) monovalentes, quando atuam em um ramo de determinada ciência. Segundo o modo de atuação, podem ser: a) deontológicos, situados no plano do ideal, do dever-ser; b) epistemológicos, quando atuam diretamente sobre a realidade, deles extraindo as consequências práticas interpretativas ou integrativas.⁴⁵

Os princípios fundamentais ou gerais, alguns expressamente previstos na Constituição Federal, são aqueles sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opções considerando aspectos políticos e ideológicos, admitindo-se por esta razão que se ponham a outros de conteúdo diverso, dependendo do alvedrio do sistema que se está adotando.⁴⁶

Assim, os princípios cumprem perante o Direito as mais diversas funções, quer seja na elaboração da norma jurídica quer quando se encontra em pleno vigor. Nesta segunda fase, diga-se jurídica, é que entram os princípios informativos que funcionam como instrumentos de auxílio à interpretação da norma. Em outro plano, podem objetivar papel de fontes formais supletivas do Direito quando a proposição consubstanciada no princípio incide sobre o caso concreto, como se norma jurídica específica fosse⁴⁷.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é o instrumento constitucional mais importante de proteção individual no Estado de Direito. Foi instituído pela primeira vez nas Constituições dos Estados Americanos da Virgínia e de Maryland, em 1776, sendo incorporado pela primeira vez na legislação penal pelo Código Penal da Bavária em 1813, sempre sob a fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege* (não há crime sem lei, não há pena sem crime). Por óbvio, esse princípio é a regra basilar da teoria da validade da lei penal, expresso nas fórmulas *lex praevia* (lei prévia), *lex scripta* (lei escrita), *lex stricta* (lei estrita), e *lex certa* (lei certa).⁴⁸ Assim, nasce o desejo de estabelecer à sociedade regras permanentes e válidas que fossem obra da razão, e

⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 78.

⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 25.

⁴⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *ob cit.* p. 20.

pudessem proteger os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível por parte dos governantes. O objetivo era alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando, assim, a dúvida, a incerteza, e a desconfiança, típicas de onde o poder é absoluto, de onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana e de onde as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem conhecidas.⁴⁹

No Direito Penal Brasileiro foi registrado na Constituição Imperial (1824); passou para o Código Criminal do Império (1830) e compareceu em todos os textos congêneres posteriores. O Código Penal estatui enfaticamente que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Trata-se, pois, do princípio reitor do Direito Penal liberal.

Para Damásio de Jesus, o princípio da legalidade tem significado político, uma vez que funciona como uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, não permitindo que se faça tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei não proíbe.

À lei, e somente a ela, compete fixar os limites que separam a atividade criminosa da atividade legítima. Essa seria a condição de segurança e de liberdade individual, não existiria efetivamente segurança ou liberdade se a lei alcançasse condutas não tipificadas quando praticadas, ou se os julgadores pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador.⁵⁰

Logo, através da lei, os cidadãos conseguem a segurança jurídica de não serem punidos pelo Estado, sem a devida previsão legal. Em outras palavras, tipificando as condutas proibidas, sendo elas comissivas ou omissivas sob a ameaça de sanção.⁵¹

O princípio da legalidade, para alguns, é a base estrutural do Estado de Direito e, também, o cerne fático do Direito Penal que busca a segurança jurídica, compreendido não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado”, conferido por Roxin, mas também no ponto de vista subjetivo do “sentido de segurança jurídica”, postulado por Zaffaroni.⁵²

⁴⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 104.

⁵⁰ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito penal**. Parte Geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 51.

⁵¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 106.

⁵² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 67.

Por força de tal princípio, um ato só pode vir a ser punido se sua conduta estiver prevista em lei, antes que venha a ser praticado. Significa dizer que a lei em geral só tem o condão de determinar comportamentos futuros. Com relação aos limites traçados pelo Direito Penal, não são somente àqueles em face da liberdade dos indivíduos, mas, também, os limites da intervenção estatal.⁵³ Aliás, é o princípio da legalidade que determina a ilicitude formal da conduta, ilicitude esta que será tratada no tópico 4.3.1. desta monografia.

3.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

É gritante como o Direito Penal é extremamente restritivo e violento, seja ao impor penas invasivas afetando os direitos individuais do cidadão, seja restringindo a liberdade física do indivíduo que comete grave ilicitude. Surge, então, a intervenção penal mínima como uma corrente a ser aplicada com o cerne de orientar e limitar o poder penal do Estado. Faz-se necessário que haja o esgotamento de todos os meios extrajurisdicionais penais de controle social existentes para a aplicação de tal princípio. No que tange a tal princípio, é necessário fazer a relação com a fragmentariedade e a subsidiariedade, características básicas do Direito Penal. Nem todos os bens jurídicos encontram amparo no Direito Penal, por óbvio, não são todas as condutas que lesionam um bem jurídico. A limitação do Direito Penal está em tutelar os bens jurídicos mais importantes, punindo as ações graves que atentem contra eles, decorrendo então o caráter fragmentário, uma vez que ele somente tutela uma parte dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico.⁵⁴

No mesmo sentido, Munoz Conde defende que o caráter fragmentário do ordenamento penal é apresentado sob três aspectos distintos, *a priori*, na defesa dos bens jurídicos contra ataques considerados graves. Em um segundo momento, tipifica condutas que já são antijurídicas em outros ramos do direito. *A posteriori*, deixa sem punição aquelas ações que são consideradas meramente imorais como a mentira ou a homossexualidade.⁵⁵

⁵³ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 334.

⁵⁴ Cezar Roberto Bittencourt. *ob. cit.* p. 11-13.

⁵⁵ Munoz Conde. *ob. cit.* p. 69.

A subsidiariedade traz à tona o debate sobre a natureza do Direito Penal e sua autonomia, pois determina que o Direito Penal somente deve ser aplicado quando falha a defesa do bem jurídico já predisposta por outros ramos do Direito.

Como consequência, alcançando-se, por óbvio, o mesmo resultado, todavia por meio de um mecanismo mais suave, tornando-se desnecessária a aplicação de um mecanismo mais grave, que seria o Direito Penal.⁵⁶

O princípio da intervenção mínima visa restringir, limitar ou impedir o arbítrio do legislador penal para que seja evitada a desnecessária definição de crimes e, como consequência, a imposição de penas injustas, cruéis. O Estado só deve agir por meio do Direito Penal quando estejam esgotados – não consigam prevenir a conduta ilícita – os outros ramos do Direito, sendo que a tipificação das condutas deve sempre observar a imprescindibilidade.⁵⁷

No mesmo sentido, Dotti afirma que o princípio da intervenção mínima pressupõe a utilização única e exclusivamente do Direito Penal na luta contra as infrações mais graves, sendo que o Estado só deve se valer das penas criminais quando no ordenamento positivo não existam mais meios adequados para prevenir ou reprimir o ilícito. Esse princípio foi recepcionado pelo ordenamento pátrio por meio do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Contudo existem casos em que não é justificável a intervenção penal mesmo que a lesão seja grave, isto ocorreria quando o ilícito praticado pelo indivíduo seja punido por sanções administrativas ou civis. O princípio da intervenção mínima tem o escopo de diminuir o número de normas incriminadoras se vinculando mais ao legislador e aplicando-se, então, uma norma extrapenal.⁵⁸

O Direito Penal mínimo propõe ao ordenamento jurídico penal uma diminuição dos mecanismos punitivos do estado para tão somente o mínimo necessário. Sendo assim, a intervenção penal só se justifica quando se faz absolutamente e indiscutivelmente necessária para a proteção da sociedade. Para isso, somente as condutas mais graves e danosas que lesem os bens jurídicos de maior relevância devem ser sancionadas, deixando, então, de se preocupar com toda e qualquer conduta lesiva e caracterizando o caráter fragmentário do Direito Penal, que é a consequência direta do princípio da intervenção mínima. Isto é, dizer

⁵⁶ Nilo Batista. *ob. cit.* P. 81.

⁵⁷ Damásio de Jesus. *Ob. cit.* p. 10.

⁵⁸ Rene Dotti. *ob. cit.* p. 35-37.

que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que os mecanismos penais devem ser usados somente em último caso, devem ser a *ultima ratio*, limitando e orientando o poder incriminador do Estado; sendo que a criminalização de uma conduta só se justifica se for o único meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico e quando falhem os demais ramos do Direito para proteger esses bens em conflito. Ou seja, pelo princípio da intervenção mínima, se outras formas de sanção ou controle social forem eficazes e suficientes para a tutela dos bens jurídicos a sua tipificação não é recomendável conflitando com um Direito Penal simbólico.⁵⁹

Atualmente, em nosso País, o discurso da intervenção mínima não encontra amparo na realidade legislativa. Ainda que o caráter punitivo do Direito Penal seja meramente simbólico, o legislador brasileiro se vê em um processo de criminalização com o emprego da via penal ao invés de resolver os conflitos por intermédio de um processo abrandador de penas, renunciando formalmente ao controle penal. Um exemplo é a Lei nº 9.099/95 que aparentemente caminhara contra essa corrente criminalizadora, proporcionando a suspensão condicional do processo e a exigência de representação em alguns tipos penais, além da transação para os delitos de pequeno potencial ofensivo. Entretanto, Alberto Silva Franco entende que,

“na transação vulnera-se o princípio da culpabilidade na medida em que se deixa de lado o fato do agente ser ou não responsável pela infração. Pela transação, o indivíduo pode receber uma pena restritiva de direito transformando-se em restritiva de liberdade, caso não cumpra a primeira adequadamente. Estaria, então, se impondo uma pena sem o devido processo penal e à margem do princípio da culpabilidade sem serem obedecidas às garantias de um processo justo em um Estado Democrático de Direito. Embora se argumente que descongestiona o aparelho judiciário, cria-se a inexistência de uma relação efetiva de equilíbrio entre acusação, a qual dispõe de um poder real, efetivo, sendo quase um juiz, onde o infrator acaba renunciando à possibilidade de se defender para não por em risco a aplicação de uma pena maior.⁶⁰

Significa dizer que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, a última alternativa e atuar tão somente quando as demais ramificações do Direito revelarem-

⁵⁹ FERRAJOLI, LUIGI. **Direito e razão** – Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. Ed. Revistas dos tribunais, 2006. p. 105.

⁶⁰ Alberto Silva Franco *apud* ZAFFARONI e PIERANGELI, 2004. p. 10-12.

se inócuas à tutela devida e digna dos bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade; assumindo então, o Direito Penal uma feição subsidiária, pois sua intervenção somente se justificaria quando fracassarem outras formas protetivas do bem jurídico previstas em outros ramos do Direito.⁶¹

Consubstancia Luiz Luisi que a presença do Direito Penal só é de fato legítima quando todos os outros ramos do Direito se revelarem ineficientes para dar a devida tutela aos bens jurídicos para a própria existência do homem e da sociedade, adotando, então, um papel subsidiário para com o ordenamento. A necessidade lógica e legal à criação de tipos penais deve ser tida pelo legislador como o direito de criar o tipo penal quando o caminho da tutela penal se apresenta inarredável e inalteravelmente necessário.⁶²

3.3 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

O princípio da ofensividade ou lesividade tem como pressuposto de validade a lesão efetiva a algum bem jurídico concreto, ou seja, abrange a capacidade do bem jurídico em evidenciar efetivamente as fronteiras do legitimamente incriminável. Nesse sentido, Nilo Batista ressalta que em função desse princípio veda-se a incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor. O mesmo fundamento, por assim dizer, coíbe a punibilidade da autolesão e a conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor, como, por exemplo, o suicídio, a automutilação e o uso de drogas.⁶³

O princípio da lesividade prega que o estado, para garantir a segurança dos cidadãos, deve proibir ou restringir todas aquelas ações, que se referem de maneira imediata, só a quem as realiza e das quais derivam uma lesão a direitos de outros, isto é, que atinge sua liberdade ou sua propriedade sem o seu consentimento ou contra ele. Ou, ainda, das que haja que temê-las provavelmente; probabilidade na qual haverá que tomar, considerando a dimensão do dano que se quer causar e a importância da limitação da liberdade produzida por uma lei

⁶¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral, v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 11.

⁶² LUISI, Luiz. **Os Princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 38-46.

⁶³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 91-92.

proibitiva. Qualquer restrição da liberdade privada que for além ou que se imponha por motivos diferentes sai dos limites da ação do Estado.⁶⁴

Como sabido, não se pode punir fatos que não causem dano a bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, o que importa dizer que só serão legítimas as intervenções do sistema penal se demonstrada ofensa considerável a algum interesse protegido. Podemos traduzir esse princípio no axioma *nullum crimen, sine iniuria*, ou seja, não há crime se não houver injúria ao bem jurídico.⁶⁵

Esse princípio, informador e orientador do Direito Penal, equivale a um princípio de tolerância tendencial da desviação, capaz de reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário e, com isso, reforçar a sua legitimidade. Sendo o Direito Penal um remédio extremo, devem ficar privados de qualquer relevância jurídica os delitos de mera desobediência, aqueles fatos que lesionam bens não essenciais ou que são apenas presumidamente perigosos.⁶⁶

A liberdade de expressão e de pensamento, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, a proibição de qualquer privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e, ainda, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantidas nos incisos IV, VIII, IX e X, do art. 5º, da Constituição Federal, propõem – não apenas à esfera criminalizante, mas, também, à ingerência coativa do Estado em geral – graves restrições com importantes consequências no campo do Direito Penal. Como a Constituição Federal optou por um modelo de direito moral, as penas não podem recair sobre condutas que representem o exercício dos direitos constitucionais que o Estado deve garantir aos cidadãos, mas sim sobre as condutas que afetem o exercício desses direitos. Assim, torna-se indispensável que um delito reconheça, como suporte fático, um conflito que aflija bens jurídicos alheios.⁶⁷

Isto é, nenhum direito tem o condão de legitimar uma intervenção punitiva quando não mediar, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de

⁶⁴ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Volume: Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 229.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon** – Teoria del Garantismo penal. Ed. Trotta, 2000. p. 403.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 479.

⁶⁷ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Volume: Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 225.

um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo. Para a elaboração desse princípio, o conceito limitador do bem jurídico afetado requer uma entidade mínima de afetação por dano ou perigo, aplicado no bem jurídico, com exclusão das demais afetações insignificantes. A presença de um bem jurídico afetado compõe o reconhecimento de um conflito jurídico.⁶⁸

4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin, propõe restringir a interpretação dos tipos penais, conferindo insignificante importância às lesões ou danos aos interesses sociais. Com efeito, o legislador não tem competência absoluta para sancionar condutas imorais não lesivas a bens jurídicos.⁶⁹

Roxin sustentava que casos desprovidos de dano aos bens tutelados não apresentariam necessidade de imposição de pena; e que apenas os comportamentos considerados lesivos aos direitos dos demais poderiam ser punidos. Somente com tal dedução, o Direito Penal foi capaz de realizar seu escopo ao assegurar a ordem na sociedade.⁷⁰

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador considerou os prejuízos relevantes que o comportamento do incriminado pudesse ter causado à ordem jurídica e social. Entretanto, não dispôs de meios para evitar que também fossem atingidos os casos leves. Nesse contexto, surgiu o princípio da insignificância com o escopo sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais fez do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal.⁷¹

O princípio da insignificância, segundo Luis Regis Prado, é relacionado ao grau de lesão do bem jurídico protegido, não considerando a ocupação da tipicidade penal com assuntos irrelevantes que não danificam o bem jurídico tutelado. Assim, esse princípio relaciona-se a análise específica de uma lesão ou perigo de lesão capaz de configurar essa tipicidade e de formar um critério para determinar o injusto

⁶⁸ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Volume: Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 226-229.

⁶⁹ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Ed. Vega, p. 29.

⁷⁰ *Apud* BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Revan, 1990. p. 91.

⁷¹ MANAS, Carlos Vico. **O Princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56.

penal.⁷² Prado expõe que "o princípio da insignificância é o instrumento para a exclusão da imputação objetiva de resultados".⁷³

Para que seja caracterizada a tipicidade penal, faz-se necessária uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos tutelados, pois nem toda ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Assim, segundo o princípio da insignificância – também denominado de princípio da bagatela – é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Frequentemente, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material, havendo a possibilidade de afastar liminarmente a tipicidade penal, porque, em verdade, o bem jurídico não chegou a ser lesado.⁷⁴

Faz-se necessária a ressalva de que a seleção dos bens jurídicos que são tutelados pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem função do Poder Legislativo, sendo vedado, de forma absoluta, seu exercício aos intérpretes e aplicadores do Direito. O fato de determinada conduta caracterizar uma infração de menor potencial ofensivo não quer dizer, por si só, que esteja configurada a hipótese de aplicação do princípio da insignificância. Os delitos de lesão corporal leve, de ameaça e de injúria, por exemplo, já sofreram a valoração do legislador, que, atendendo às necessidades sociais e morais históricas dominantes, determinou as consequências jurídico-penais de sua violação, bem como os limites do desvalor da ação e do resultado e as sanções correspondentes. As ações que lesam tais bens, embora menos importantes se comparadas a outros, como a vaidade e a liberdade sexual, são social e penalmente relevantes.⁷⁵ Daí se depreende que a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser estipulada não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas, principalmente, em relação ao grau de sua intensidade, ou seja, pela extensão da lesão produzida.⁷⁶

⁷² PRADO, Luiz R. *op. cit.* p. 146.

⁷³ PRADO, Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Geral. vol 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁷⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: Parte Geral. vol. 1. 7 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19.

⁷⁵ *Ibidem.* p. 19.

⁷⁶ *Ibidem.* p. 20.

Roxin afirma que mau trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente àquela lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave na pretensão social de respeito. A força empregada por um agente deve ser considerada exclusivamente um obstáculo de certa importância. Igualmente, também, a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o âmbito da criminalidade.⁷⁷

Nesse diapasão, Zaffaroni afirma que a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa. Com isso, a norma em particular nos indica a exclusão desses pressupostos de seu âmbito de proibição e, assim, resta impossível se estabelecer a aplicação do princípio da insignificância à simples luz de sua consideração isolada.⁷⁸

4.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Parte da doutrina afirma que o princípio da insignificância surgiu no Direito Romano, como consubstancia Diomar A. Filho ao afirmar que o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante a máxima contida no brocardo *minis non curat praetor*.⁷⁹

Entretanto, vale ressaltar a posição de outro doutrinador, que entende ser outra a origem do princípio da insignificância. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes afirma haver ausência na especificidade do princípio, com o escopo de justificar menos a ausência de intervenção do Estado na esfera penal do que na esfera civil. Segundo o autor isto é devido ao fato de os romanos terem somente o Direito Civil bem desenvolvido e não possuírem a mínima noção de Direito Penal. Defende, ainda, que o princípio da insignificância teve sua origem ligada ao princípio da legalidade, sob a ótica do *nullum crimen nulla poena sine lege* passando por transformações que foram modificando o seu conteúdo de maneira a limitar-se aos desígnios criminalizadores.⁸⁰

⁷⁷ Claus, Roxin. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Barcelo: Bosch, 1972. p. 53.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de derecho penal**. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991. p. 475.

⁷⁹ ACKEL FILHO, Diomar. O Princípio da Insignificância no Direito Penal. **Revista Jurisprudencial do Tribunal de Alçada Criminal de Sao Paulo**. Junho/1988. p. 73.

⁸⁰ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal** – Análise à Luz da Lei nº 9099/95 – Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 37-38.

O princípio da insignificância surgiu de forma significativa na Europa a partir do século passado, mais especificamente no período das guerras mundiais devido às crises sociais decorrente das guerras, onde a grande taxa de desemprego e a falta de alimentos provocaram um surto de pequenos furtos, chamados de “criminalidade da bagatela”.⁸¹

A partir de estudos de autores iluministas e jusnaturalistas, o princípio da insignificância foi agregado às constituições americana e inglesa. Alguns doutrinadores afirmam que na França, esse princípio foi incorporado com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, localizado no art. 5º, da referida declaração, que menciona que a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade.⁸²

Logo, vê-se claramente que o princípio da insignificância teve sua origem e evolução vinculadas ao princípio da legalidade. Entretanto, somente foi ter uma maior relevância no universo jurídico a partir do século passado.

4.2 CONCEITO

Segundo Vico Mañas, o princípio da insignificância é um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal em que é possível alcançar, por meio da via judicial e sem ferir a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.⁸³

Diomar A. Filho entende que o princípio da insignificância é aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, que não são reprováveis, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes.⁸⁴

⁸¹ *Ibidem*. p. 38.

⁸² *Ibidem*. p. 46.

⁸³ VICO MANAS, Carlos. **O Princípio da insignificância no direito penal**. Disponível em: www.mt.trf1.gov.br/judice/jud4/insign.htm. Acesso em 21/02/2010.

⁸⁴ ACKEL FILHO, Diomar. O Princípio da Insignificância no Direito Penal. **Revista Jurisprudencial do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. Junho/1988. p. 78.

Nesse sentido, Assis Toledo afirma que o princípio se vincula à gradação qualitativa-quantitativa do injusto que permite ser o fato considerado como insignificante e, ainda, ser excluído da tipicidade penal.⁸⁵

É de grande importância o estudo do princípio da insignificância, o qual atua como um instrumento de limitação da abrangência do tipo penal às condutas realmente nocivas à sociedade, resguardando, assim, o ideal de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime.⁸⁶

4.3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A ATIPICIDADE DA CONDUTA

O crime vem a ser uma construção fundamentalmente jurídico-penal, não obstante possa ser objeto de estudo em outras ciências; criminologia, medicina legal, sociologia, etc. Conceitualmente devem-se levar em conta três aspectos principais: a) formal – dá relevo à contradição entre o fato concreto e o preceito legal – crime é a infração à lei penal escrita; b) material – refere-se ao conteúdo do ilícito – dano ou lesão social – está adstrito aos valores constitucionais; e c) analítico – o crime é decomposto em partes estruturadas em uma relação lógico-abstrata: é o ato ou a omissão típico, antijurídico e culpável. O ato comissivo ou omissivo é típico quando se subsume ao modelo em abstrato descrito no tipo legal. O ato comissivo ou omissivo típico é ilícito quando não está amparado por uma causa que o exclua. E o ato comissivo ou omissivo típico e ilícito é culpável quando reprovável ao sujeito ativo. Todos esses elementos estão dispostos de forma lógica, ou seja, somente um ato comissivo ou omissivo pode ser típico; só quando típico pode ser ilícito e apenas quando ilícito pode ser considerado culpável.⁸⁷

Fato típico é todo comportamento comissivo ou omissivo, provocado pelo homem, perfeitamente conexo à norma. Constituem elementos do fato típico: a conduta, o resultado, o nexo causal e a tipicidade. Isto é, crime é tudo aquilo e tão somente aquilo que a norma prevê como tal. Considerado em abstrato, crime é o fato típico, o modelo legal, a hipótese descrita no tipo penal. Em concreto, o crime é

⁸⁵ TOLEDO, Assis. *ob. cit.* p. 47.

⁸⁶ VICO MANÃS, Carlos. **Tipicidade penal material**: Princípios da Adequação Social e da Insignificância. Disponível em: www.direitopenal.adv.br/artigo43.htm. Acesso em: 21/02/2010.

⁸⁷ PRADO, Luiz Regis. **Comentários do CÓDIGO PENAL**: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com vários ramos do direito / 4 ed. rev., atual. e ampl. – Editora Revista dos Tribunais, 2007.

o fato que se encaixa no molde normativo. Em outras palavras, o fato típico é constituído pela descrição de um fato da vida humana, por uma norma incriminadora. Isto é, fato típico é o fato que apresenta uma característica específica, a característica específica da tipicidade.⁸⁸

Para que a ação do sujeito ativo seja considerada crime, obrigatoriamente deve ser típica, isto é, deve o sujeito atuar de acordo com o tipo penal. Essa é a descrição da conduta humana feita pela norma penal e correspondente ao ilícito.⁸⁹

A tipicidade é a subsunção do fato à norma. Ou seja, é a conformidade do fato ao tipo penal. Faz-se necessário distinguir tipo de tipicidade; tipo é uma figura resultante da imaginação do legislador, ao passo que o juízo de tipicidade é a averiguação que sobre uma conduta se efetua para saber se apresenta os caracteres imaginados pelo legislador.⁹⁰

Do que foi dito, pode-se deduzir que a tipicidade consistirá necessariamente e sempre de uma atividade humana, comissiva ou omissiva, pois a contrariedade ao comando da norma, que concretiza a realização de um tipo delitivo que somente se estabelece diante da existência de uma ação ou omissão, deve ser fruto de uma vontade capaz de orientar-se pelo dever-ser da norma.⁹¹

Para um completo entendimento sobre o tema, merece ressaltar o princípio da adequação social, introduzido no Direito Penal por Welzel. Importante adiantar que no tópico 4.4 da presente monografia tratar-se-á da distinção entre o princípio da insignificância e o princípio da adequação social antecipando-se a menção a este pelo fato de esse princípio ter, de certa forma, componentes que são introduzidos na construção do princípio da insignificância. A teoria formulada por Welzel significa que apesar da conduta delitiva se amoldar perfeitamente ao modelo legal, não será considerada típica, se for socialmente aceita e adequada, o que não quer dizer que seja necessariamente exemplar. Se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, é impossível haver interpretação, em certas situações, como se estivesse também alcançando condutas lícitas. Entretanto, não se pode confundir adequação social

⁸⁸ COSTA JUNIOR, Paulo Jose da. **Direito penal**: curso completo. 8. ed., rev. E consolidada em um único volume. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 28-29.

⁸⁹ MAGALHÃES NORONHA, Eduardo. **Direito penal**. Introdução e Parte Geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 126.

⁹⁰ DOTTI, Rene Ariel. **Curso de direito penal**. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 311.

⁹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 91.

com causa de justificação. A primeira já é, desde o início, excluída do tipo porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social, no entanto, a segunda somente não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica.⁹²

Isto posto, a teoria da adequação social se revela como um princípio de interpretação dos tipos previstos no ordenamento penal, visto que se excluem os comportamentos considerados como socialmente corretos. Como consequência de sua aplicação, não são consideradas típicas as condutas praticadas dentro do limite de ordem social normal da vida humana, haja vista serem compreendidas como toleráveis pela própria sociedade.⁹³

Nesse sentido, afirma Welzel que a punição do comportamento humano está subordinada a uma subsunção de comportamento que preenche o tipo tanto formal quanto materialmente. Isso é, essa subsunção não será possível se a conduta realizar tão somente a descrição legal prevista no ordenamento e não fizer o conteúdo material do injusto, bastando para excluir certas lesões insignificantes.⁹⁴

Nesse mesmo sentido, surge o princípio da insignificância, como regra, que visa auxiliar na interpretação da norma, permitindo, na maioria dos casos, que sejam excluídos os danos de pouca importância. O Direito Penal, com a sua natureza fragmentária, somente vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando das bagatelas. Assim, no ordenamento jurídico penal pátrio, por exemplo, o dano previsto no art. 163, do Código Penal, não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas, sim, aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, § 1º, “d”, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, e, sim, a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão para o Fisco.⁹⁵

Através do princípio da Insignificância é possível que, na maioria dos tipos, seja excluída a tipicidade da conduta do indivíduo, pois ela de fato não chegou a ferir

⁹² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 131.e

⁹³ MIR PUIG, SANTIAGO. **Derecho penal**. Parte General. 8. ed. Espanha: Editorial B. de F, 2004. p. 105.

⁹⁴ Welzel, Hans. **La teoria del delito**. *ob. cit.* p. 31.

⁹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 133.

o bem jurídico tutelado. Além do mais, uma contribuição secundária seria alcançada, que seria de uma diminuição da criminalidade.⁹⁶

Vale ressaltar que a gradação qualitativa e quantitativa do injusto é o que permite a exclusão do fato penalmente insignificante da tipicidade penal, mas pode, se necessário, receber tratamentos de outros ramos do Direito, como o civil, o administrativo etc. O que é ressaltado é a maior amplitude e a anterioridade da ilicitude em relação ao tipo legal de crime.⁹⁷

Esse princípio existe devido à ausência de periculosidade social na ação do agente ativo, embora o fato praticado seja típico e antijurídico. O que distingue um crime comum de um crime de bagatela, entre outros critérios, de acordo com a sua ínfima reprovabilidade, é a pequena relevância na ofensa ao bem jurídico, a sua baixa nocividade social e, conseqüentemente, a desnecessidade de aplicação de uma pena. Se o bem jurídico é lesado de forma irrelevante, a lei penal não deve ocupar-se de tal ação, pois não caracteriza a tipicidade da conduta, em virtude de se tolerar a conduta humana que representa gravidade escassa.⁹⁸

Na realidade, o princípio da insignificância mostra-se como a válvula de resgate da legitimidade do Direito Penal. Esse é, na realidade, uma construção dogmática, amparada em conclusões de ordem político-criminal, a fim de que a incriminação somente se justifique quando tenha ocorrido lesão ao bem tido como primordial pela sociedade, não justificando a interferência do Direito Penal para tutelar interesses morais ínfimos e condutas que, embora sejam ilícitas, não atinjam de forma significativa a ordem social. É dizer que uma conduta somente pode ser considerada criminosa desde que, além do juízo de tipicidade formal, seja feito também um juízo de tipicidade material, a fim de verificar a ocorrência do pressuposto básico da incidência da lei penal, isto é, desde que haja lesão a um bem jurídico socialmente relevante.⁹⁹

⁹⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Trad. Luis Greco. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 52-53.

⁹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 134.

⁹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. v. 1., 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 117.

⁹⁹ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

4.3.1 Tipicidade Formal

A tipicidade formal se encontra caracterizada pelo ajuste da conduta humana aos elementos do tipo legal do ilícito correspondente. Isto é, evidenciada a mera coincidência formal entre o fato real e a hipótese abstrata expressa no ordenamento penal caracteriza o fato como formalmente típico.¹⁰⁰

Vale dizer que a tipicidade formal consiste na perfeita adequação da conduta do agente ao tipo previsto na lei penal, possuindo como elementos: a conduta humana voluntária, o resultado, o nexó de causalidade e a adequação formal. A tipicidade formal é resultado da comparação feita entre o tipo penal e o aspecto exterior da conduta, sem uma análise da vontade ou da finalidade do agente.¹⁰¹

É importante frisar que a tipicidade formal decorre de uma “função de garantia” do tipo penal, pois assim, passa-se a observar o princípio da anterioridade da lei penal, ou seja, não existirá crime sem uma lei anterior que o defina, bem como não haverá pena sem prévia cominação legal.¹⁰²

O fato realmente insignificante é típico somente na aparência, mas não materialmente.¹⁰³

4.3.2 Tipicidade Material

A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e do resultado, lesando de forma efetiva o bem juridicamente protegido e constituindo o que chamamos de tipicidade material.¹⁰⁴

Pode-se dizer que o conteúdo material subordina o formal. Assim, a falta do primeiro demanda a retirada do segundo.¹⁰⁵

¹⁰⁰ MIR PUIG, SANTIAGO. **Derecho penal**. Parte General. 8. ed. Espanha: Editorial B. de F. 2004. p. 139.

¹⁰¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 159.

¹⁰² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. 11 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 125.

¹⁰³ GOMES, Luiz Flávio. **Delito de bagatela**: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato. RT 789-Julho de 2001. Ano 90, p. 455.

¹⁰⁴ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 96.

¹⁰⁵ SILVA, Marcelo Rodrigues. **Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal**. ibccrim ano 11. n 45 outubro-dezembro 2003. p. 177.

Beling alega que se procura imputar ao tipo, além do seu aspecto formal, um sentido material. Dessa forma, a conduta, para ser considerada crime, precisa ser típica, deve estar ajustada formalmente a um tipo penal, e, além disso, para se falar em tipicidade, a conduta, a um só tempo, deve ser materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável.¹⁰⁶

Por tal motivo, na tipicidade material não basta que a conduta humana esteja descrita na lei, deve-se ter um algo a mais: verificar se está conduta foi verdadeiramente danosa aos bens jurídicos, moral ou patrimonialmente. Assim, as ações humanas que não agridem a sociedade, por serem irrisórias e insignificantes, não merecem a apreciação do Poder Judiciário, devendo ser consideradas atípicas.¹⁰⁷

O princípio da insignificância tem seu fundamento na concepção material do tipo penal, por meio do qual é alcançada a proposição político-criminal da necessidade de descriminalizar condutas que, embora formalmente típicas, não chegam a atingir de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Assim, condutas que se enquadram a um determinado tipo penal, sob o aspecto formal, e não apresentam relevância quanto ao aspecto material, nesses casos, pode ser afastada de forma liminar a tipicidade penal, tendo em vista que o bem jurídico protegido não chegou a ser de fato lesado.¹⁰⁸

O tipo de injusto em sentido *strictu senso* é composto de um núcleo, representado pela ação ou omissão e seu objeto, apresentando como base a lesão a um determinado bem jurídico. O tipo tido como norma de conduta tem o escopo de delimitar o poder de intervenção Estatal, não podendo ser atingida sem um pressuposto material que lhe dê estabilidade. É por isso que na base de uma ação típica deve-se estabelecer a lesão ao bem jurídico.¹⁰⁹

É dizer, a ausência de conteúdo material é capaz de gerar a exclusão da tipicidade que se justifica pelo princípio da insignificância e pela adequação social¹¹⁰.

¹⁰⁶ BELING, Apud TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. 11 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 131.

¹⁰⁷ MAGALHÃES, Joseli de Lima. **Princípio da insignificância do direito penal**. Jus Navegandi, Teresina, ano 1, n. 1, nov. 1996. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=948>>. Acesso em: 29 jan. 2014, às 17 horas e 44 minutos.

¹⁰⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 89-90.

¹⁰⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.175-176..

¹¹⁰ SILVA, Marcelo Rodrigues. **Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal**. ibccrim ano 11. n 45 outubro-dezembro 2003. p. 177.

4.4 A DISTINÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Como visto anteriormente, a teoria da adequação social revela que ações realizadas no contexto da ordem social histórica da vida são ações socialmente adequadas, de tal maneira também são consideradas atípicas, mesmo que correspondam à descrição do tipo penal. Juarez Cirino expõe que a opinião dominante entende que a adequação social é como uma hipótese de exclusão de tipicidade.¹¹¹

É verdade que determinados comportamentos, em si mesmos típicos, carecem de relevância por estarem sempre presentes no meio social, havendo um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.

Para Bitencourt, é discutível se a tipicidade seria afastada ou se eliminaria a antijuridicidade de certas condutas típicas, exemplificando que no caso de Welzel, esse admitiu inicialmente como excludente da tipicidade, depois como causa de justificação e, outra vez, aceitou como causa excludente da tipicidade.¹¹² Já Jescheck alegou que Welzel acolheu o princípio da adequação social apenas como “princípio geral de interpretação”.¹¹³

Por outro lado, o princípio da insignificância surge como uma manifestação contrária ao uso excessivo da sanção no Direito Penal, sendo consideradas atípicas as ações ou omissões que afetem ínfimamente um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão a um bem protegido não explica a imposição de uma pena, devendo excluir a tipicidade no caso de danos de ínfima importância.¹¹⁴

De tal forma, é necessária a ocorrência de uma proporcionalidade entre a gravidade da conduta lesiva que se quer punir e a drasticidade da intervenção

¹¹¹ SANTOS, Juarez Cirino. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 32-33.

¹¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 220.

¹¹³ JESCHECK, Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 220.

¹¹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. ver. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124.

Estatal. A insignificância da ofensa afasta a tipicidade e será valorada se analisada a partir de uma consideração global da ordem jurídica.¹¹⁵

Da mesma forma, na adequação social, onde se tem um comportamento que se amolda a determinado tipo penal, ou seja, ao aspecto formal, contudo, materialmente irrelevante, pois se adéqua ao socialmente permitido ou tolerado.¹¹⁶

Consubstancia Luiz Regis Prado, que o princípio da adequação social é entendido como um critério geral de interpretação restritiva e, por sua vez, o princípio da insignificância como critério relevante para determinar o injusto penal.¹¹⁷

Logo, o princípio da adequação social não é elementar do tipo, mas sim um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que, também, envolvam comportamentos socialmente toleráveis. Aqui pertence igualmente o princípio da insignificância, o qual permite excluir lesões de bagatela da maioria dos tipos.¹¹⁸

Trata-se a adequação social, segundo Welzel, de um princípio geral de hermenêutica, em que é possível excluir desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, apresentando comportamentos normalmente permitidos, assim, materialmente atípicos.¹¹⁹ Mir Puig aduz que não se pode castigar por aquilo que a coletividade considera certo.¹²⁰

O princípio da insignificância não se confunde com o princípio da adequação social tendo em vista que este implica na total aprovação social de uma conduta, enquanto aquele apenas tolera a sua prática em razão da escassa lesividade, porém, continua considerando aquela conduta socialmente inadequada.¹²¹

Vale ressaltar que não há que se confundir “adequação social” com “causa de justificação”. No primeiro caso, a ação desde o início está excluída do tipo, uma vez que a conduta ocorre dentro do âmbito da normalidade social, ao passo que no

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 221.

¹¹⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2 ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 96.

¹¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. ver. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47-48.

¹¹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. 11 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 131-132.

¹²⁰ PUIG, Mir, *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. 11 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p.132.

¹²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 3 ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 43.

segundo caso, é socialmente inadequada, porém, não é típica, em virtude de uma autorização especial para a concretização da ação típica.¹²²

5. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A JURISPRUDÊNCIA

Como visto no decorrer deste trabalho, o princípio da insignificância possui fundamental importância para a prática forense, pois o Direito Penal não deve se preocupar com atos irrelevantes que frequentemente tomam tempo do Poder Judiciário. Até porque se tenta, com a aplicação desse princípio, reforçar o verdadeiro caráter subsidiário do Direito Penal, para que o aparato repressivo do estado seja utilizado tão somente nos casos de real gravidade¹²³.

Resta saber a forma com que a jurisprudência tem interpretado este princípio, principalmente quando se sabe que referido princípio determina a ausência de tipicidade da conduta em face da atipicidade material.

5.1 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Via de regra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vincula a aplicação do princípio da insignificância a 4 (quatro) requisitos, em regra, os seguintes:

- a) A mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) a nenhuma periculosidade social da ação;
- c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Nesta perspectiva citam-se os seguintes julgados da Suprema Corte brasileira:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" IMPETRADO POR MEMBRO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - PORTE DE

¹²² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. 11 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 131.

¹²³ Temas de Direito Penal – Parte Geral / Luis Greco e Danilo Lobato (coords.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.29.

SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - CRIME MILITAR (CPM, ART. 290) - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA, PARA USO PRÓPRIO - DELITO PERPETRADO DENTRO DE ORGANIZAÇÃO MILITAR - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DOCTRINA - PRECEDENTES - PEDIDO DEFERIDO. "HABEAS CORPUS" IMPETRADO, ORIGINARIAMENTE, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. - O representante do Ministério Público Militar de primeira instância dispõe de legitimidade ativa para impetrar "habeas corpus", originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente para impugnar decisões emanadas do Superior Tribunal Militar. Precedentes. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor -

por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. APLICABILIDADE, AOS DELITOS MILITARES, INCLUSIVE AO CRIME DE POSSE DE QUANTIDADE ÍNFIMA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, PARA USO PRÓPRIO, MESMO NO INTERIOR DE ORGANIZAÇÃO MILITAR (CPM, ART. 290), DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a aplicabilidade, aos crimes militares, do princípio da insignificância, mesmo que se trate do crime de posse de substância entorpecente, em quantidade ínfima, para uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar. Precedentes.

124

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE AO CASO. ORDEM DENEGADA. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância ou bagatela, nos crimes contra o patrimônio, não pode ser aplicado apenas e tão-somente com base no valor da coisa subtraída, como pretende o impetrante. Devem ser considerados, também, outros requisitos, como (1) a mínima ofensividade da conduta do agente, (2) a nenhuma periculosidade social da ação, (3) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (4) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 98.152, rel. min. Celso de Mello, DJe-104 de 5.6.2009). No caso, com bem observou o Superior Tribunal de Justiça, o paciente "(...) invadiu, em plena luz do dia, o estabelecimento comercial da vítima, escalando uma cerca de aproximadamente 2,5 metros de altura, para subtrair uma janela de ferro colocada para venda (...), revelando o elevado grau de reprovabilidade social de seu comportamento (...)", o que torna inaplicável ao caso o princípio da insignificância. Também incabível a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como a fixação do regime inicial semi-aberto, como sugeriu o Ministério Público Federal, uma vez que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a estreita via do habeas corpus não comporta o reexame aprofundado dos elementos de convicção que serviram de base para a fixação da pena-base (HC 94.847, rel. min. Ellen Gracie, DJe-182 de 26.09.2008). Quanto ao regime prisional, a leitura das alíneas "b" e "c" do § 2º do art. 33 do Código Penal indica que tanto o

¹²⁴ HC 94809, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/08/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-04 PP-00644.

regime semi-aberto, quanto o aberto são reservados aos condenados não reincidentes, o que não é o caso do paciente, conforme registrado na sentença condenatória. Ordem denegada.¹²⁵

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE RECEPÇÃO. OBJETO DE VALOR REDUZIDO. DEVOLUÇÃO ESPONTÂNEA À VÍTIMA. REQUISITOS DO CRIME DE BAGATELA PREENCHIDOS NO CASO CONCRETO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A incidência do princípio da insignificância depende da presença de quatro requisitos, a serem demonstrados no caso concreto: a) mínima ofensividade da conduta do paciente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A via estreita do habeas corpus não admite um profundo revolvimento de provas nem o sopesamento das mesmas. A aplicação do princípio da insignificância só será permitida se os autos revelarem claramente a presença dos requisitos mencionados. 3. No caso, a receptação de um walk man, avaliado em R\$ 94,00, e o posterior comparecimento do paciente perante a autoridade policial para devolver o bem ao seu dono, preenchem todos os requisitos do crime de bagatela, razão pela qual a conduta deve ser considerada materialmente atípica. 4. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal de origem.

126

Observa-se, desta forma, que a jurisprudência do STF ao exigir tais requisitos para a aplicação do referido princípio, desvirtua, a implicação dogmática do princípio da insignificância na teoria do delito.

Faz-se tal afirmação porque o Supremo Tribunal Federal reconhece para algumas situações o aludido corolário, porém, não fundamenta de maneira que possibilite apontar um critério uniforme de aplicação. Resta evidente a falta de compreensão de parte da jurisprudência sobre a natureza e a aplicação do princípio da insignificância, o que, naturalmente, leva a decisões injustas. Até porque, o

¹²⁵ HC 97012, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 09/02/2010, DJ-e 45, Divulgado 11-03-2010, Publicado 12-03-2010, PP-00417 EMENT VOL-02393-02.

¹²⁶ HC 91920, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 09/02/2010, DJ 11-03-2010 PP-00372 EMENT VOL-02393-02 PP-00372.

Princípio da insignificância está relacionado à lesão causada ao bem, não importando, a reprovabilidade da conduta e a periculosidade social da ação.

De igual forma, referências a pessoa do agente também não devem ser consideradas no juízo de tipicidade, muito embora muitos tribunais, equivocadamente, o façam, na medida em que estimulados pela incorreta posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.¹²⁷

Quando o julgador se refere aos aspectos do agente, tais como antecedentes ou a reincidência, estes possuem relevância tão somente na aplicação da pena. Quando há um processo de conhecimento e o juiz exauriu as três etapas de juízo sobre o fato: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Se a lesão for insignificante, o fato é atípico, e por consequência, nunca se chegaria à condenação. O estado tem o dever de julgar o agente pelo fato resultante de sua conduta no caso concreto, e não por suas características pessoais. Se o réu é reincidente ou não, o foco da insignificância não são as características personalíssimas, mas sim o fato em si, dentro dos parâmetros de lesão do bem jurídico.¹²⁸

Em tais casos torna-se nítida a inexatidão conceitual da jurisprudência que não relaciona o princípio da insignificância a sua natureza jurídica correta, isto é, como causa de atipicidade da conduta.¹²⁹

Portanto, a partir do viés dogmático, parece claro que o princípio da insignificância poderia contemplar a hipótese do crime de roubo, desde que ínfima a lesão patrimonial.

¹²⁷ Nesse sentido se manifestou, incorretamente, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 512.802/MG, sustentando o seguinte entendimento: "Ora, para o reconhecimento do princípio da insignificância não se deve considerar tão-somente a lesividade mínima da conduta do agente, é necessário, apreciar outras circunstâncias de cunho subjetivo, especialmente aquelas relacionadas à vida pregressa e ao comportamento social do sujeito ativo, não sendo possível absolvê-lo da imputação descrita na inicial acusatória, sendo reincidente, portador de maus antecedentes, ou, como in casu ocorre, reiteradamente pratica o questionado ilícito como ocupação." Nos mesmos moldes se manifestou aquela corte no julgamento do HC 33.655/RS, afirmando que "Não basta para reconhecimento de tal princípio apenas o ínfimo valor do bem subtraído ou que sofrera tentativa de subtração. É necessário, avaliar outras questões de caráter subjetivo, especialmente aquelas relacionadas à vida pregressa do sujeito ativo, pois, do contrário, poderia ele sair cometendo pequenos furtos, acabando por fazer disso uma ocupação, ante a certeza de que sairia impune dos ilícitos, sempre ancorado no princípio da insignificância."

¹²⁸ Temas de Direito Penal – Parte Geral / Luis Greco e Danilo Lobato (coords.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 31.

¹²⁹ Temas de Direito Penal – Parte Geral / Luis Greco e Danilo Lobato (coords.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 33.

Como se observa, balizado nos termos da jurisprudência dominante da Suprema Corte brasileira, não se deveria aplicar o princípio da insignificância nos casos relacionados a prática do crime de roubo, embora trate-se precipuamente de crime material, o que, por si só, justificaria sua aplicação.

5.2 O CRIME DE ROUBO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Ora, como esclarecido ao longo desta monografia o princípio da insignificância tem sido adotado, também, nos crimes de roubo, quando há ofensa mínima a um dos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal, seja o patrimônio, a liberdade ou a integridade da pessoa. Embora o crime de roubo seja caracterizado como crime complexo e pluriofensivo, deve haver efetiva ofensa tanto ao patrimônio quanto aos atributos da pessoa para sua caracterização. Ademais, o roubo nada mais é do que a junção, em um mesmo dispositivo, entre os tipos penais dos crimes de furto com o crime de constrangimento ilegal.¹³⁰

Como afirma Prado pelo fato de o crime ser de natureza complexa, não pode ser feita a análise da lesão ao bem jurídico de uma forma uniforme, justamente pelo fato de serem dois bens tutelados. A tutela divide-se, então, em proteção à vítima e em proteção ao seu patrimônio. Aqui, vale a ressalva de que mesmo que as condutas incriminadas estejam no mesmo tipo penal, seu tratamento não pode ser generalizado¹³¹. Esta opinião é também compartilhada por Hungria, segundo o qual o crime de roubo possui dupla tutela: o furto, que seria o crime-fim, e o constrangimento ilegal e a lesão corporal leve, isto é, a contravenção de vias de fato, absorvidas pelo constrangimento ilegal, chamadas, também, de crime facultativos, em que o agente busca alcançar seu objetivo de (subtrair o objeto por ele quisto) usando a *vis compulsiva* ou a *vis corpore illata*.¹³²

Logo, não existindo lesão a qualquer desses bens jurídicos, obviamente não estará caracterizado o crime de roubo e, existindo ofensa mínima a um dos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal, há que se aplicar o princípio da bagatela e condenar o agente somente pelo crime remanescente. Devemos partir do

¹³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. Volume II. 3. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2001, página 375.

¹³¹ Temas de Direito Penal – Parte Geral / Luis Greco e Danilo Lobato (coords.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 35

¹³² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. vol. VII. Rio de Janeiro: Ed. Forense.p. 57

pressuposto que a insignificância no aspecto penal material incide na existência do delito, tanto nos elementos explícitos quanto nos implícitos, isto é, na lesão ao bem jurídico tutelado que, por sua vez, é a lesão penalmente relevante. Faz-se necessária uma orientação político-criminal na determinação do que interessa ao Direito Penal. Neste ponto, o intérprete deve ponderar a violência e os reflexos do Direito Penal e dos demais ramos do Direito.

A análise das duas condutas permite chegar a um questionamento: os bens tutelados pelos dois crimes podem ser analisados separadamente? Se for possível tal análise, a ausência de uma lesão consequentemente excluiria o crime complexo, sobrando tão somente o crime-meio ou o crime-fim. Isto é, se não houver ameaça ou violência, persistira apenas o furto; caso não haja o furto, sobrarão o constrangimento ilegal. Diante de um raciocínio jurídico, nada impede a aplicação do princípio da insignificância no que concerne ao crime de roubo, quando a lesão ao bem jurídico for irrelevante. O agente, neste caso, responderia apenas pelo constrangimento ilegal ou pela lesão corporal.

A recusa na aplicação do princípio da insignificância ao crime de roubo, sob a tese de que o emprego da violência ou grave ameaça revela a periculosidade do agente, acaba produzindo condenações que não retratam a realidade, com aplicação de penas que podem ser consideradas perdidas, o que não traz qualquer ganho para a sociedade¹³³.

Nesse sentido, é questionável a posição da jurisprudência pátria que tem se mostrado resistente à aplicação do princípio da insignificância em relação a esta modalidade delitiva, em face da violência ou da grave ameaça. Aliás, a mesma jurisprudência que nega a aplicabilidade deste princípio no alusivo ao crime de roubo, o aplica em relação ao crime de furto, sendo este um dos elementos que compõe a complexidade que caracteriza o roubo.

Peguemos como exemplo o Resp 468998/MG – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. 17/08/2006.

EMENTA: PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ROUBO. DELITO COMPLEXO. PLURALIDADE DE BENS JURÍDICOS OFENDIDOS. PEQUENO VALOR DA COISA EFETIVAMENTE ROUBADA. IRRELEVÂNCIA. OFENSA À LIBERDADE INDIVIDUAL OU À

¹³³ **A aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de roubo.** Texto enviado ao JurisWay em 26/02/2009. Por Carolina Vilela De Faria Alves Nogueira.

INTEGRIDADE DA PESSOA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO PROVIDO.

O julgador aceita a tese de irrelevância da lesão ao patrimônio da vítima, mas se recusa a reconhecer a insignificância no crime complexo, e mantém a condenação pelo crime de roubo. Se referido delito é a conjugação de dois crimes, tanto o crime-meio quanto o crime-fim devem estar consumados para que persista a existência do crime complexo. Como no caso do acordão há ausência de lesão no patrimônio, não poderia impedir a exclusão do crime-fim restando apenas o crime-meio, nesse caso, o constrangimento ilegal, sendo incoerente prevalecer o tipo de roubo quando a lesão provier apenas da ameaça ou da violência contra a pessoa.¹³⁴

Conclui-se que é necessário criticar o pragmatismo adotado pela jurisprudência quando enfrenta a situação tratada neste tópico. É dizer, prefere-se buscar uma solução mais imediata, mas nem sempre legítima e eficaz, ao invés de uma solução mais ponderada e racional. Devido a tal fato, a ciência penal fica prejudicada, e principalmente os cidadãos que se encontram em um estado dominado por equívocos daqueles que cuidam de seus direitos mais importantes.¹³⁵

As orientações de político criminais são direcionadas tanto ao legislador no momento que cria uma lei, quanto ao juiz no momento em que a aplica ao caso concreto, em específico. É dizer, seja a norma no plano abstrato, seja no plano concreto sempre se faz necessário observar as diretrizes de melhor elaboração e aplicação da lei penal.¹³⁶ Assim, o que deve ser levado em conta para o reconhecimento da tipicidade material é a efetiva ofensa ao bem jurídico, desde que em proporções que suscitem a intervenção penal. Nem todo crime de roubo é potencialmente ofensivo aos bens jurídicos tutelados tão pouco à coletividade que frequentemente se depara com tal espécie de delito. Exclui-se então a tipicidade conglobante, em razão do desvalor de resultado, condenando então o agente à pena

¹³⁴ **Temas de Direito Penal** – Parte Geral / Luis Greco e Danilo Lobato (coords.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36

¹³⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. Bases para a compreensão e crítica do direito emergencial. In **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Método, 2001, p. 135 – 137.

¹³⁶ **Temas de Direito Penal** – Parte Geral / Luis Greco e Danilo Lobato (coords.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 30

do crime remanescente que lesou efetivamente, o patrimônio ou a integridade física da pessoa.¹³⁷

6. CONCLUSÃO

A inobservância ou lesão a princípio é sem dúvida a mais grave das inconstitucionalidades porque sem o princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos.

Partindo da premissa de que há uma deterioração da dogmática do Direito Penal, os princípios apresentam-se como pilares orientadores, desempenhando funções no âmbito da ordem jurídica, como as de fundamentação e interpretação.

Dentre os princípios fundamentais do Direito Penal, destaca-se o Princípio da Insignificância. Para configurar esse princípio torna-se indispensável o estudo do que vem a ser bem jurídico, pois o ordenamento penal vigente somente se preocupa em tutelar bens ou interesses valorados como de extrema importância tanto para os indivíduos quanto para a sociedade. A esse bem, denominamos bem jurídico penal.

Sabe-se que é em decorrência da seleção dos bens jurídicos que o Direito Penal tem natureza subsidiária, ou seja, atua apenas quando for extremamente necessário, reafirmando, também, seu caráter fragmentário e preocupando-se somente com os bens jurídicos tidos como mais relevantes. Enfim, o Direito Penal é a *ultima ratio*, e somente atuará quando as outras áreas do Direito não tiverem solução para o problema.

O princípio da insignificância tem como principal efeito a atipicidade da conduta, os fatos materialmente atípicos – afasta-se, pois, a tipicidade material – devem ofender, de forma suficiente, o bem, a ponto de acarretar a atuação do Estado; se a lesão causada ao bem jurídico for ínfima, a lei penal não deve se ocupar de tal ação por ela não ser típica.

Ademais, há vantagens na aplicação desse princípio, como a redução dos custos sociais da pena e, principalmente, o desafogamento do Poder Judiciário, suprimindo sobremaneira a sobrecarga de trabalho, pois, não haverá sanção a ser computada para o agente.

¹³⁷ **A aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de roubo.** Texto enviado ao JurisWay em 26/02/2009. Por Carolina Vilela De Faria Alves Nogueira.

Diante do exposto no presente estudo, mesmo que de forma sintética, conclui-se que, perante uma lesão ínfima a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, deve-se sem dúvida aplicar o princípio da insignificância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. v. 4, abr/jun, 1988.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Prefácio de Evaristo de Moraes. Trad. Paulo Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto *et* CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Ap. crim. nº 1.0024.04.263087-1/001(1), Relator(a). Alexandre Victor de Carvalho, julgado em 19/08/2008.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, HC 91920, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 09/02/2010, DJ 11-03-2010 PP-00372 EMENT VOL-02393-02 PP-00372.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, HC 94809, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/08/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-04 PP-00644.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, HC 94770, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008 EMENT VOL-02345-02 PP-00220

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, HC 97012, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 09/02/2010, DJ-e 45, Divulgado 11-03-2010, Publicado 12-03-2010, PP-00417 EMENT VOL-02393-02

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 3. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAVALEIRO DE FERREIRA, Manoel. **Direito Penal Português**. Lisboa: Verbo, 1982.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERRAJOLI. Luigi. **Derecho y razon** – Teoria del garantismo penal. Ed. Trotta, 2000.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCETE, Carlos Alberto. **O Princípio da insignificância**. RT. Ano 90, v. 789, julho de 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Delito de bagatela**: Princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. RT 789, julho de 2001. Ano 90.

GOMES, Luiz Manoel Junior. **Estado democrático de direito** – O direito penal e sua função subsidiária – princípio da insignificância penal. RT – 819. Janeiro de 2004. Ano 93.

GRECO, Luis; LOBATO, Danilo. **Temas de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbólico y protección e bienes jurídicos**. Vários Autores “Pena y Estado”. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. vol. VII. Rio de Janeiro: Ed. Forense.
p. 57

JESCHECK, Hans-Heirich *et* WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradución de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. corrig. ampl. Comares: Humblot, 1996.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito penal**: parte geral. 25 ed. rev. e atual. v.1. São Paulo: Saraiva, 2002.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**: análise à luz das Lei nºs 9.099/95, juizados especiais criminais, 9503/97, código de trânsito brasileiro, e da jurisprudência atual. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Princípios políticos do direito penal**. 2 ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAGALHAES NORONHA, Eduardo. **Direito penal**. Volume 1. Introdução e Parte Geral. Saraiva: São Paulo: 1959.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 18 ed. rev. e atual. v.1. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Derecho penal**. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría Del Delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel-Díaz y García Conlledo Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Munchen: Thompson civitas, 1994.

_____. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Org. Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3 ed. Tradução Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Editora Vegas, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2008.

_____. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SILVA, Marcelo Rodrigues. **Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal**. ibccrim ano 11. n. 45 outubro-dezembro 2003.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. 11. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Volume: Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.