

INTRODUÇÃO

O trabalho monográfico que ora se apresenta tem por fundamento analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse de arma. Defende-se que a posse irregular de arma de fogo desmuniada e em local de difícil acesso, não representa risco algum aos bens jurídicos coletivos indicados pela norma penal em estudo, mas ao contrário, representa a ingerência arbitrária do Direito Penal.

A elucidação da problemática referente ao questionamento da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse de arma proporcionará efeitos benéficos em vários pontos.

A relevância jurídica que o tema trará é considerável, uma vez que na hipótese em que um indivíduo mantém sob sua guarda, em casa, arma de fogo de uso permitido, mas sem autorização legal, sendo portador de bons antecedentes, tal conduta ostenta lesão mínima e não gera riscos para a coletividade.

A relevância social apresenta-se na medida em que o direito deve coadunar-se com a vida em sociedade, sendo certo que o Direito Penal não pode ocupar-se de pequenos delitos, punindo todo e aquele sujeito por condutas ínfimas.

Quanto aos ganhos intelectuais, estes apresentam-se com o aprofundamento deste pesquisador nos estudos do Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal, obtendo ganhos tanto na vida acadêmica quanto na pretensa carreira profissional.

A pesquisa será delimitada ao estudo da aplicação do princípio da insignificância aos delitos de posse de arma de fogo.

Com supedâneo neste raciocínio, surge um problema jurídico de grande relevância.

É possível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse de arma como medida a se garantir a Dignidade Humana prevista na Carta Maior, em observância do princípio da intervenção mínima do Estado?

O Direito Penal é a *ultima ratio*, portanto, não se justifica o ajuizamento de ação penal em face de pessoa portadora de bons antecedentes que possui arma de fogo desmuniada e em local de difícil acesso, no interior de sua própria residência, haja vista que tal conduta é atípica por força do princípio da insignificância.

Em casos deste quilate, admitir que a posse de arma vulnera a incolumidade pública é interpretar a lei dissociada do bem comum e olvidar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para configuração do fato típico, exige-se, além da tipicidade formal, a tipicidade material, ou seja, verdadeira lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Ausente a tipicidade material, não há de se falar em crime. É a aplicação do princípio da insignificância, segundo o qual a inexistência de lesão ou a ínfima lesão ao bem jurídico tutelado, afasta a ocorrência do crime.

Ademais, o direito penal tem caráter subsidiário, devendo-se ocupar apenas de condutas realmente desajustadas e juridicamente relevantes, promovendo a estabilização das relações sociais quando, efetivamente, atingidos os bens jurídicos da mais alta relevância para a sociedade.

Em um Estado Democrático de Direito, cujo um dos fundamentos é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da Constituição da República), o direito penal não pode (e não deve), se ocupar dos chamados crimes de bagatela.

Como referencial teórico da pesquisa tem-se as ideias difundidas por Luiz Flávio Gomes, que em sua obra *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*, assim preleciona:

Sustentamos a possibilidade de incidência do princípio da “insignificância” em relação à posse ilegal de arma de fogo em residência, desde que a arma esteja devidamente guardada caso em que o nível de perigo é ínfimo. Na atualidade, esse princípio pode ser aplicado em relação ao art. 12 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03) assim como ao verbo possuir (do art. 16). Ambos centrados no verbo possuir, punem a conduta de ter sob guarda arma de fogo em residência ou empresa (no que diz respeito ao seu titular. Esse, aliás, é o sentido do verbo possuir, que não se confunde com o verbo portar. (...) De acordo como o nosso ponto de vista a realização “formal” de um tipo penal nem sempre implica a conclusão implacável da sua concretização material. O princípio do *nullum crimen sine injuria* significa não só que não há crime sem lesão ou perigo real de lesão ao bem jurídico protegido, senão também que, em casos de lesão escassa ou potencialidade lesiva ínfima, não se justifica a intervenção penal. Uma infração, ainda que formalmente típica, desde que apresente uma lesão ou potencialidade lesiva mínima, insignificante ou quase nula, não deve ser sancionada penalmente, porque resultaria totalmente desproporcional a consequência jurídica cominada.¹

¹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 128-129.

A metodologia do trabalho de conclusão de curso terá cunho teórico-dogmática, abordando a interdisciplinaridade entre os ramos do Direito Penal e Direito Constitucional. Os capítulos da monografia serão divididos em três e organizados da seguinte forma: O primeiro deles versará sobre a teoria do crime e os princípios norteadores do tema: Dignidade da pessoa humana e Intervenção mínima. No segundo, trataremos profundamente sobre o princípio da insignificância, seu conceito e origem, consequências e distinções. Por fim, no capítulo terceiro, será abordado o princípio da insignificância e os crimes de mera conduta e a possibilidade de se aplicar o referido princípio ao crime de posse ilegal de arma de fogo.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Este trabalho monográfico tem por objetivo apresentar pesquisa no campo do Direito Penal, Direito Constitucional e Legislação Penal extravagante, mais precisamente relacionada à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes de posse de arma.

Ab initio, cabe trazer à baila o texto legal que criminaliza o delito de posse de arma de fogo. *Verbis*:

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.²

Cabe neste passo, ainda, trazer a lume o conceito de princípio da insignificância.

O princípio da insignificância, também denominado de princípio da bagatela, é aquele capaz de excluir a tipicidade material devido à irrelevância penal da conduta, em tese criminosa, ou do resultado.

Embora não previsto na legislação pátria, referido princípio vem sendo aplicado pela jurisprudência, em vários delitos, como causa supralegal excludente de ilicitude, desde que preenchidos os requisitos da mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Sobre a insignificância, criação de Claus Roxin, Cleber Masson ensina que:

Princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela: Surgiu no Direito Civil, derivado do brocardo de *minimus non curat praetor*. O Direito Penal não deve se ocupar de assuntos irrelevantes, incapazes de lesar o bem jurídico legalmente tutelado. Na década de 70 do século passado, foi incorporado ao Direito Penal pelos estudos de Claus Roxin. Calcado em valores de política criminal, funciona como causa de exclusão da tipicidade, desempenhando uma interpretação restritiva do tipo penal.³

Pois bem.

² BRASIL. **Lei 10.826/03**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm. Acesso em 18 de abril de 2017.

³ MASSON. Cleber. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 27.

Conforme visto, a legislação extravagante criminaliza a conduta de possuir arma de fogo ou outros artigos descritos no tipo penal, desde que em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Fundamental ressaltar, que a doutrina e a jurisprudência tem entendido que para a consumação deste delito não se faz necessário a produção de resultado naturalístico, bastando a simples posse do objeto bélico para que esteja configurada a prática do delito, afastando-se de plano a aplicação da insignificância.

Para exemplificar, colacionamos jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - PROVAS JUDICIALIZADAS FRÁGEIS E INDIRECTAS - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO - NECESSIDADE - ESTATUTO DO DESARMAMENTO - POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO - MATERIALIDADE E AUTORIA - SUFICIÊNCIA DE PROVAS - CONDUTA TÍPICA E AUTÔNOMA - DELITO DE PERIGO ABSTRATO - ABSOLVIÇÃO - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE AO TIPO PENAL EM QUESTÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA. - Se nenhuma das testemunhas ouvidas em juízo presenciou a apreensão da droga, tendo tomado conhecimento dos fatos depois de sua ocorrência, e o réu nega ter dispensado a droga apreendida, deve prevalecer a solução absolutória em homenagem ao princípio do in dubio pro reo. - O reprovabilidade da conduta de quem possui munição em casa, bem como a potencial capacidade lesiva do artefato, afastam a aplicação do princípio da insignificância, cuja incidência só pode ser admitida no caso em que a conduta do agente represente mínima ofensividade e nenhuma periculosidade social. - O crime de posse ilegal de arma de fogo, acessórios e munições é de perigo abstrato, bastando o oferecimento de potencial poder de lesão. (TJMG - Apelação Criminal 1.0713.15.008370-5/001, Relator(a): Des.(a) Júlio Cezar Gutierrez , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/02/2017, publicação da súmula em 06/03/2017)⁴

Via de regra, os crimes são divididos em crimes formais (de perigo abstrato, mera conduta, crimes de perigo) e crimes materiais (que necessitam da ocorrência de resultado).

Fernando Capez conceitua crime material da seguinte forma:

Crime material: o crime só se consuma com a produção do resultado naturalístico, como a morte, para o homicídio; a subtração, para o furto; a

⁴ BRASIL. TJMG . **Apelação Criminal 1.0713.15.008370-5/001**. Relator: Des. Júlio Cezar Gutierrez. 4ª CÂMARA CRIMINAL. julgamento em 22/02/2017. publicação da súmula em 06/03/2017. Disponível em:

destruição, no caso do dano; a conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso, para o estupro etc.⁵

Sobre o tema, preleciona Mirabette:

No crime material há necessidade de um resultado externo à ação, descrito na lei, e que se destaca lógica e cronologicamente da conduta. Esse resultado deve ser considerado de acordo com o sentido naturalístico da palavra, e não com relação a seu conteúdo jurídico, pois todos os crimes provocam lesão ou perigo para o bem jurídico⁶

O bem jurídico tutelado pela norma penal, também chamado de bem jurídico penal são aqueles bens imprescindíveis para a convivência em sociedade, exemplos desses bens são a vida, a liberdade, a honra e o patrimônio.

Portando materialmente falando, crime é aquela conduta que viola de forma significativa o bem jurídico penal.

Lado outro, no que se refere aos crimes formais Capez ensina que:

Crime formal: o tipo não exige a produção do resultado para a consumação do crime, embora seja possível a sua ocorrência. Assim, o resultado naturalístico, embora possível, é irrelevante para que a infração penal se consuma. É o caso, por exemplo, da ameaça, em que o agente visa intimidar a vítima, mas essa intimidação é irrelevante para a consumação do crime, ou, ainda, da extorsão mediante sequestro, no qual o recebimento do resgate exigido é irrelevante para a plena realização do tipo. Nesses tipos, pode haver uma incongruência entre o fim visado pelo agente — respectivamente, a intimidação do ameaçado e o recebimento do resgate — e o resultado que o tipo exige. A lei exige menos do que a intenção do sujeito ativo (v. g., ele quer receber o resgate, mas o tipo se contenta com menos para a consumação da extorsão mediante sequestro). Por essa razão, esses tipos são denominados *incongruentes*.⁷

Em síntese, para que se configure um crime material, necessário se faz a existência de um resultado naturalístico, ou seja, uma ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal. O mesmo não ocorre quando falamos acerca dos delitos formais que não necessitam de tal resultado, basta apenas uma ação ilícita para que esteja configurado o delito.

Diante da considerada natureza formal do delito de posse de arma, repise-se, tem-se reiteradamente afastado aplicação do princípio da insignificância, o que sob a ótica dos princípios constitucionais é inaceitável.

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, P. 287.

⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, P. 110.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, P. 287.

Sabe-se que vigora no âmbito do direito penal o princípio da intervenção mínima, sendo certo que este ramo do direito somente deverá ser acionado em casos de extrema relevância.

Bitencourt, sobre a intervenção mínima, preleciona que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Como preconizava Maurach, “na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica”⁸. Assim, o Direito Penal assume uma feição subsidiária, e a sua intervenção se justifica quando — no dizer de Muñoz Conde — “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito”⁹. A razão desse princípio — afirma Roxin — “radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social”.⁸

A par disso, é possível concluir que o Direito Penal é subsidiário e deve ser interpretado e utilizado como soldado de reserva, *ultima ratio*.

O direito Penal não pode se prestar à simples homologação da Lei, cada caso é um caso e merece interpretação distinta, sob pena de incorrer em injustiça de efeitos devastadores.

Para a doutrina, o crime de posse irregular de arma de fogo tem por objetividade jurídica a proteção à segurança e à paz públicas.⁹

Não obstante isso, sob a ótica do Direito Penal Constitucional, não se pode afirmar que a posse de arma de fogo desmuniçada ou desmontada em local de difícil acesso ofenderia à segurança pública, sendo plenamente possível a aplicação do princípio em estudo.

Os Tribunais de outros estados pelo Brasil já vem entendendo desta forma. Vejamos importante julgado:

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96-97

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7. ed. Vol 2. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

Apelação criminal. Porte de arma de fogo de uso permitido desmontada e guardada em local inacessível de imediato para o seu pronto uso. Ofensividade insignificante. Atipicidade. Absolvição. Procedência. O porte de arma de fogo de uso permitido, desmontada e guardada em local inacessível de pronto, inviabilizando seu imediato acesso para municiamento, a fim de disponibilizá-la para produzir disparos, que possam causar dano a terceiros ou colocar em risco a incolumidade pública, apresenta uma insignificante potencialidade de perigo ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal, o que enseja a absolvição do agente por atipicidade de conduta. (TJ-RO - APL: 00050191320148220000 RO 0005019-13.2014.822.0000, Relator: Desembargadora Ivanira Feitosa Borges, Data de Julgamento: 12/06/2014, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 23/06/2014.)¹⁰

A partir do problema demonstrado, o presente trabalho objetiva tratar sobre cada conceito profundamente, investigando, por conseguinte a possibilidade de se aplicar o princípio da insignificância ao crime de posse de arma, quando comprovadamente não houver risco à incolumidade pública e à paz social.

¹⁰ BRASIL. TJ-RO. **APL: 00050191320148220000 RO 0005019-13.2014.822.0000**. Relator: Desembargadora Ivanira Feitosa Borges. Data de Julgamento: 12/06/2014. 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 23/06/2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Ofensividade+insignificante>. Acesso em 19 de abril de 2017.

1. CAPÍTULO I – DA TEORIA DO CRIME E DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Neste capítulo inicial, trataremos da teoria do crime, os elementos do fato típico e seus conceitos, bem como da tipicidade formal e material.

Trabalharemos, ainda, com os princípios norteadores do tema em estudo. Sabemos que todas as decisões judiciais devem se pautar, além do texto da lei, em normas supralegais que são os princípios.

1.1 – DO FATO TÍPICO

Quando se pratica uma ação prevista em lei, mais especificamente na legislação penal, estamos diante de um fato típico.

Nesse sentido, tem-se Capez:

Conceito: é o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal.

Elementos: são quatro:

- a) conduta dolosa ou culposa;
- b) resultado (só nos crimes materiais);
- c) nexo causal (só nos crimes materiais);
- d) tipicidade.¹¹

Sobre fato típico, manifestou-se Damásio de Jesus:

É o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra), e é previsto na lei penal como infração. Assim, fato típico do homicídio é a conduta humana que causa a morte de um homem. Por exemplo: *A* esfaqueia *B*, que vem a morrer em consequência das lesões. O fato se enquadra na descrição legal simples do art. 121: “Matar alguém”. O fato típico é composto dos seguintes elementos: 1º) conduta humana dolosa ou culposa; 2º) resultado; 3º) nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; 4º) enquadramento do fato material (conduta, resultado e nexos) a uma norma penal incriminadora.¹²

No entanto, para configuração de um delito, não basta apenas a prática de uma ação tipificada, faz-se necessário a existência de alguns elementos inerentes ao fato típico, quais sejam: conduta, resultado, nexos causal e tipicidade.

Desse modo, praticado o fato típico e preenchidos os elementos que o compõem, estamos diante de um ilícito, em tese, punível pelo Estado.

¹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral. vol I.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

¹² JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado.** 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

1.1.1 – Conduta

A conduta consiste em um ato comissivo ou omissivo praticado pelo homem.

"Conduta é a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade."¹³

Para André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, “sua existência pressupõe um comportamento humano (não há conduta no comportamento de animais)”¹⁴.

A conduta é inerente ao ser humano, não obstante a pessoa jurídica também seja penalmente punida, esta, através de seu representante legal, desde que reste comprovado que o ilícito resultou de ação ou omissão praticada por ele, ou com sua anuência.¹⁵

Nas palavras de André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves:

As pessoas jurídicas, embora possam ser sujeitos ativos de crimes, como já analisamos, somente podem praticar uma conduta penalmente relevante quando resultar de “(...) decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade” (art. 3º da Lei n. 9.605/98). Vale dizer que a conduta punível do ente fictício será o retrato de um comportamento humano (ou vários). Daí por que nossos tribunais exigem que, desde a denúncia, deva o Ministério Público imputar o delito ambiental ao ente moral e obrigatoriamente à pessoa física responsável pelo ato, em concurso necessário de agentes (teoria da dupla imputação).¹⁶

"Entretanto, não são todas as condutas que interessam ao direito penal, apenas os interesses mais relevantes são erigidos à categoria de bens jurídicos penais, em face do caráter fragmentário e da subsidiariedade do Direito Penal."¹⁷

Sobre o tema, preleciona Fernando Capez:

A exteriorização da conduta por meio de uma ação ou omissão não é suficiente, porém. O Direito Penal só empresta relevo aos comportamentos humanos que tenham, na vontade, a sua força motriz. As pessoas humanas, como seres racionais, conhecedoras que são da lei natural da causa e efeito, sabem perfeitamente que de cada comportamento pode resultar um efeito distinto (sabe-se que o fogo queima, o impacto

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

¹⁴ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquemático - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 275.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

¹⁶ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquemático - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 275.

¹⁷ MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Gen/Editora Método, 2014, p. 22.

contundente lesiona ou mata, a falta de oxigênio asfixia, a tortura causa dor etc.)¹⁸

Corroborando com as ideias de Capez, manifesta Cleber Masson:

O legislador seleciona, em um Estado Democrático de Direito, os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores da tutela penal. Dessa forma, a noção de bem jurídico acarreta na realização de um juízo de valor positivo acerca de determinado objeto ou situação social e de sua importância para o desenvolvimento do ser humano. E, para coibir e reprimir as condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos fundamentais, a lei penal se utiliza de rigorosas formas de reação, quais sejam, penas e medidas de segurança. A proteção de bens jurídicos é a missão precípua, que fundamenta e confere legitimidade ao Direito Penal.¹⁹

Calha ressaltar, que a conduta enquanto pensamento, ou seja, enquanto não for exteriorizada, não pode ser punida. Desse modo, o pensamento nada representa para o direito penal, sendo que, somente quando o pensamento se exprime em forma de conduta e desde que tenha relevância ao direito penal, será passível de punição.

Isso porque, segundo Fernando Capez:

A mente processa uma série de captações sensoriais, transformadas em desejos. O pensamento, entretanto, enquanto permanecer encastelado na consciência, não representa absolutamente nada para o Direito Penal (*pensiero non paga gabella; cogitationis poena nemo patitur*). Somente quando a vontade se liberta do claustro psíquico que a aprisiona é que a conduta se exterioriza no mundo concreto e perceptível, por meio de um comportamento positivo, a ação (“um fazer”), ou de uma inatividade indevida, a omissão (“um não fazer o que era preciso”).²⁰

Os crimes cuja conduta nuclear corresponde a uma ação são os chamados crimes comissivos. Já os crimes cuja conduta nuclear retrata uma omissão (ou seja, um não fazer), são os crimes omissivos.

Damásio de Jesus, explica:

a) ação: é a que se manifesta por intermédio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade; b) omissão: é a não realização de um comportamento exigido que o sujeito tinha possibilidade de concretizar. Assim, a possibilidade de realização da conduta constitui pressuposto do

¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

¹⁹ MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014, P. 152.

²⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

dever jurídico de agir. Só há omissão relevante quando o sujeito, tendo o dever jurídico de agir, abstém-se do comportamento.²¹

A doutrina, ainda subdivide a classe dos crimes omissivos em omissivos próprios ou puros e omissivos impróprios, impuros ou comissivos por omissão.

André Estefan e Victor Gonçalves, em sua obra *Direito Penal esquematizado (Parte Geral)*, aduzem:

No caso dos omissivos próprios ou puros, o tipo penal descreve uma omissão, de modo que, para identificá-los, basta a leitura do dispositivo penal. Se o fato descrito corresponder a um *non facere*, o crime será omissivo próprio.

Os omissivos impróprios, impuros ou comissivos por omissão, de sua parte, são crimes comissivos (como o homicídio, o furto, o roubo etc.), praticados por meio de uma inatividade. É preciso sublinhar que, nesse caso, a punição do agente que nada fez e, com isto, deixou de impedir o resultado, depende da existência prévia de um dever jurídico de agir para evitá-lo. As hipóteses em que há, nos termos da lei penal, dever de agir para evitar resultados encontram-se descritas no art. 13, § 2º, do CP; são as seguintes: a) quem tem por lei obrigação de proteção, cuidado ou vigilância; b) quem de qualquer modo se obrigou a impedir o resultado; c) quem com sua conduta anterior criou o risco de ocorrer o resultado.²²

Damásio de Jesus assim conceitua os crimes omissivos impróprios:

São delitos em que a punibilidade advém da circunstância de o sujeito, que a isto se encontrava obrigado, não ter evitado a produção do resultado, embora pudesse fazê-lo. Ele se omite, ocorrendo o resultado. Isso não quer dizer que ele produz o resultado, uma vez que da omissão, fisicamente, nada surge. Ocorre que a lei considera que o não fazer tem o mesmo valor do fazer. Chamam-se omissivos impróprios porque não se confundem com os omissivos puros. Nestes últimos, a conduta negativa é descrita pela lei.²³

Existem ainda, os crimes de conduta mista, onde há duas condutas, uma ação seguida de uma omissão.

André Estefan e Victor Eduardo Rios Gonçalves, bem exemplificam tal espécie de conduta esmiuçando o delito previsto no artigo 169, parágrafo único, II, do Código Penal, senão vejamos:

Neste caso, o tipo penal se perfaz com duas condutas, uma ação seguida de uma omissão. Exemplo disto é o crime do art. 169, parágrafo único, II, do CP (apropriação de coisa achada), em que se pune: “quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de 15 (quinze) dias” (o primeiro ato é uma ação — apropriar-se da coisa achada — e o ato subsequente, necessário

²¹ JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

²² ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro. **Direito Penal esquematizado - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 188.

²³ JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52.

para a consumação, é uma omissão — deixar de restituir o bem ao dono, ao legítimo possuidor ou deixar de entregá-lo à autoridade).²⁴

Quanto ao elemento subjetivo ou normativo a conduta pode ser dolosa, culposa, preterdolosa ou preterintencional.

De acordo com nosso Código, “diz-se o crime doloso quando o sujeito quer ou assume o risco de produzir o resultado” (art. 18, I) e “culposo quando o sujeito dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (art. 18, II).²⁵

“A presença do elemento subjetivo dolo conduz à caracterização do tipo incriminador doloso, cujo sentido da proibição é de maior gravidade e a intervenção punitiva é mais intensa.”²⁶

Dolo “é a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta.”²⁷

O dolo constitui-se em dois elementos: a consciência, materializada no conhecimento da tipicidade do fato e a vontade, que é o gesto livre e consciente do ato praticado, ou simplesmente, ato volitivo.

Em sua maioria, no direito penal brasileiro pune-se a conduta dolosa, não eximindo de punição a conduta culposa, desde que haja previsão legal expressa para tanto.

O crime preterdoloso ou preterintencional é aquele em que o sujeito realiza uma conduta dolosa, sofrendo uma agravação da pena por decorrência de um resultado que não desejou, mas o produziu por imprudência, negligência ou imperícia²⁸. Cite-se como exemplo o crime de lesão corporal seguida de morte, também chamado de homicídio preterintencional (CP, art. 129, § 3º).

1.1.2 – Resultado

Por resultado, entende-se que a conduta humana gerou uma modificação na esfera exterior.

²⁴ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro. **Direito Penal esquematizado - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 188.

²⁵ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso 05 de abril de 2015.

²⁶ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 173.

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 220.

²⁸ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro. **Direito Penal esquematizado - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 194.

Na abalizada concepção de Capez, "resultado é a modificação do mundo exterior provocada pelo comportamento humano voluntário."²⁹

A expressão possui dois significados distintos em matéria penal, podendo se falar, assim, em resultado material ou naturalístico e em resultado jurídico ou normativo.

O resultado material ou naturalístico consiste em uma mudança de estado do bem afetado e para que haja tal resultado é necessária a existência de modificação.

Por sua vez, o resultado jurídico ou normativo é a lesão ou ameaça a lesão ao bem jurídico protegido pela lei penal.

Nos dizeres de Estefam e Gonçalves:

O resultado naturalístico ou material consiste na modificação no mundo exterior provocada pela conduta. Trata-se de um evento que só se faz necessário em crimes materiais, ou seja, naqueles cujo tipo penal descreva a conduta e a modificação no mundo externo, exigindo ambas para efeito de consumação.

O resultado jurídico ou normativo reside na lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Todas as infrações devem conter, expressa ou implicitamente, algum resultado, pois não há delito sem que ocorra lesão ou perigo (concreto ou abstrato) a algum bem penalmente protegido.³⁰

Destarte toda conduta gera um resultado, seja ele externado ou não.

1.2 – TIPICIDADE

A tipicidade consiste basicamente naquilo que a lei descreve, se tal conduta está descrita na lei penal, estamos diante de um fato típico.

Greco, ao falar sobre tipicidade, diz que:

A tipicidade penal é bipartida em:

- formal – é a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal;
- conglobante – deve-se analisar se a) a conduta do agente é antinormativa e b) se o fato é materialmente típico.³¹

Ao conceituar tipicidade, Fernando Capez diz que:

é a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal. Temos, pois,

²⁹ JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 48.

³⁰ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro. **Direito Penal esquematizado - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 282.

³¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. vol I. Niterói: Impetus, 2012. p. 17

de um lado, uma conduta da vida real e, de outro, o tipo legal de crime constante da lei penal. A tipicidade consiste na correspondência entre ambos.³²

"O conceito de tipo, portanto, é o de modelo descritivo das condutas humanas criminosas, criado pela lei penal, com a função de garantia do direito de liberdade."³³

Destarte, desde que prevista em lei a conduta torna-se típica.

1.2.1 – Tipicidade Formal

A tipicidade formal ocorre quando a conduta se amolda ao tipo encartado pela legislação penal, como por exemplo, ao subtrair um objeto alheio o agente está praticando conduta encartada pelo artigo 155 do Código Penal Brasileiro, devendo responder penalmente pela conduta praticada.

"O tipo penal, de maneira formal, descreve o comportamento humano que se pretende evitar."³⁴

Segundo Rogério Greco, tipicidade formal "é a perfeita subsunção da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, a um tipo penal incriminador. É a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal".³⁵

Desse modo, se a conduta se encaixa nos exatos termos do tipo descrito na legislação penal, estamos diante da tipicidade formal.

1.2.2– Tipicidade Material

A tipicidade material ocorre quando a conduta provoca lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido.

"Materialmente, o tipo representa uma valoração ético-social que se evidencia tanto na escolha dos bens a serem juridicamente tutelados como nas condutas a serem rotuladas de proibidas."³⁶

"O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto."³⁷

³² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 212.

³³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 211.

³⁴ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 151.

³⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. vol I. Niterói: Impetus, 2012. p. 43

³⁶ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 151.

Desse modo, se a conduta produz resultado intolerável quanto ao objeto jurídico tutelado pela norma jurídica penal, estaremos diante da tipicidade material.

1.2.3 – Crime formal e Crime material

Como sabido, todo delito possui um resultado, uns se externam os outros não. Nos crimes formais, o resultado não exterioriza. Lado outro, nos crimes materiais, o resultado modifica algo no plano exterior, gerando mudanças ao bem jurídico tutelado pela legislação penal.

"Crime formal é aquele em que o resultado naturalístico é até possível, mas irrelevante, uma vez que a consumação se opera antes e independentemente de sua produção."³⁷ Podemos exemplificar com o delito de extorsão mediante sequestro (Artigo 159 do Código Penal), o qual se consuma no momento em que a vítima é sequestrada, sendo irrelevante a cobrança de resgate pelo indivíduo que pratica o delito.

Por outro lado, no crime material o evento naturalístico em regra deve acontecer, pois, sua consumação depende dessa externalização do resultado.

1.3 – DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Neste ponto trataremos sobre os princípios que devem nortear todas as decisões judiciais, como forma de se chegar à mais lúdima justiça.

1.3.1 - Dignidade da Pessoa Humana

Para além do direito penal, o princípio da dignidade da pessoa humana rege todos os ramos do direito. É deste amplo princípio que surge os demais específicos princípios que regem nosso ordenamento jurídico.

Sobre o tema leciona Fernando Capez:

Da dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior, tal como passageiros de uma embarcação.

³⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28.

³⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 164.

Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é o da dignidade humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-o à categoria de Direito Penal Democrático. Da dignidade humana, por sua vez, derivam outros princípios mais específicos, os quais propiciam um controle de qualidade do tipo penal, isto é, sobre o seu conteúdo, em inúmeras situações específicas da vida concreta.

Os mais importantes princípios penais derivados da dignidade humana são: legalidade, insignificância, alteridade, confiança, adequação social, intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade, humanidade, necessidade e ofensividade.³⁹

Antes de adentrar ao mérito sobre este macroprincípio cumpre-nos conceituá-lo.

Para Rodrigo Cesar Rebello Pinho:

Dignidade da pessoa humana. O valor dignidade da pessoa humana deve ser entendido como o absoluto respeito aos direitos fundamentais de todo ser humano, assegurando-se condições dignas de existência para todos. O ser humano é considerado pelo Estado brasileiro como um fim em si mesmo, jamais como meio para atingir outros objetivos.⁴⁰

Destarte, em vias parcas, este princípio visa demonstrar a importância do ser humano e a necessidade de que todos os cidadãos tenham acesso à mínima condição de subsistência, bem como ser respeitado pela sociedade.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Sarlet assim se manifesta:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴¹

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra posituação na Carta Magna de 1988, em seu artigo 1º, *verbis*:

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

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

I - a soberania;

³⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.

⁴⁰ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. vol 17. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.67.

- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.⁴²

Este princípio, repita-se, é muito abrangente e visa tornar eficaz todas as garantias constitucionais inerentes ao ser humano.

Rodrigo Cesar Rebello Pinho, explica o princípio:

Dignidade da pessoa humana. O valor dignidade da pessoa humana deve ser entendido como o absoluto respeito aos direitos fundamentais de todo ser humano, assegurando-se condições dignas de existência para todos. O ser humano é considerado pelo Estado brasileiro como um fim em si mesmo, jamais como meio para atingir outros objetivos.⁴³

Conforme visto, a dignidade da pessoa humana constitui um dos pilares, fundamentos, da república da república federativa do Brasil.

Além da positivação no momento inicial da Constituição de 1988, o princípio em estudo também encontra descrição no decorrer da Carta Magna, em temas relativos à paternidade, infância, adolescência e família.

Sarlet vai dizer que:

Como já registrado na introdução, a CF inovou ao inserir a dignidade da pessoa humana no elenco dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1.º, III), portanto, situando-a no âmbito dos princípios fundamentais e estruturantes, logo após o Preâmbulo. Mas a dignidade da pessoa humana (ou dignidade humana, expressões que aqui usaremos em sentido alargado e como sinônimas) também foi objeto de previsão expressa em outras partes do texto constitucional, seja a exemplo da tradição inaugurada com a Constituição de 1934, já referida quando, no título da ordem econômica, o art. 170, caput, dispõe que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 6.º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, caput). Mais adiante, em outra passagem do texto constitucional, art. 230, ficou consignado que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.⁴⁴

⁴² BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10 de agosto de 2017.

⁴³ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. vol 17. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 175.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1876/1880.

Há quem diga que o estudo deste princípio decorre de anos e pelo que vê, seu nascimento se deu bem antes da promulgação da Constituição da República de 1988.

Bernardo Gonçalves Fernandes promove aprofundado estudo acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e sua evolução histórica. Seus estudos afirmam que ele surgiu no século IV a.C, na China Imperial. Não obstante isso, avança sua pesquisa trazendo maiores informações sobre a notícia de seu nascedouro em outras localidades:

Falar em dignidade da pessoa humana não é uma novidade na História da humanidade. Estudos indicam que já na China Imperial, século IV a.C., confucionistas afirmavam que cada ser humano nasce com uma dignidade que lhe é própria, sendo-lhe atribuída por ato da divindade. Aqui, bem como nas diversas tradições que se seguiram, inclusive cristãs, o homem é tomado como um ser especial, dotado de uma natureza ímpar perante todos os demais seres, razão pela qual não pode ser instrumentalizado, tratado como objeto, nem mesmo por outros seres humanos.⁴⁵

Outra questão sobre o princípio envolve a maior importância dada a ele. Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco vão dizer que seu valor não é absoluto. Vejamos:

Por isso, em palavras do próprio Alexy, o princípio da dignidade da pessoa comporta graus de realização, e o fato de que, sob determinadas condições, com um alto grau de certeza, preceda a todos os outros princípios, isso não lhe confere caráter absoluto, significando apenas que quase não existem razões jurídico constitucionais que não se deixem comover para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições. Entretanto, uma tese como essa — de posição central — vale também para outras normas de direitos fundamentais, sem que isso afete o seu caráter de princípio. Por isso, conclui Alexy, pode-se dizer que a norma da dignidade da pessoa não é um princípio absoluto e que a impressão de que o seja resulta do fato de que esse valor se expressa em duas normas — uma regra e um princípio —, assim como da existência de uma série de condições sob as quais, com alto grau de certeza, ele precede a todos os demais. Em suma, tanto numa hipótese quanto na outra, não se discute o valor da dignidade humana em si mesmo até porque, sob esse aspecto, ele parece imune a questionamentos—, mas tão-somente se, em determinadas situações, ele foi ou não respeitado, caso em que, se a resposta for negativa, legitima-se a precedência da norma ou da conduta impugnadas em nome desse princípio fundamental, tese que Alexy acredita ter demonstrado com base na interpretação que atribuiu a diversos julgados da Corte Constitucional alemã, por ele trazidos à colação.⁴⁶

⁴⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 2011, p. 228.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.

Pelo todo exposto, vê-se que o princípio demonstra especial importância para o cidadão, conferindo-lhe máxima proteção pela Lei Maior.

Trazendo a doutrina do princípio para o tema em estudo, Capez ensina que: “Tipos penais que se limitem a descrever formalmente infrações penais, independentemente de sua efetiva potencialidade lesiva, atentam contra a dignidade da pessoa humana.”⁴⁷

Destarte, o estudo deste princípio assume especial importância para o deslinde deste trabalho monográfico, sendo certo que imputações criminais, ainda que não possa se afirmar de maneira massificada, não podem ocorrer no caso de condutas que não denotam potencialidade lesiva.

1.3.2 – Princípio da Proporcionalidade

Por este princípio, de forma perfunctória, entende-se que nenhum ato deve ser punido para além da sanção que a ele compete, ou melhor, que deve-se punir de forma adequada e proporcional.

Tal princípio também presidirá os órgãos estatais.

Em estudo sobre este princípio, Ingo Sarlet sabiamente enfatiza que:

Neste contexto, também assume relevo o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais (e dos particulares, se e quando for o caso, como ocorre especialmente nas hipóteses de prestação de serviços públicos por delegação) e que incide na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência, além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isto significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela proteção e implementação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade – no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) – no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. Neste contexto, vale o registro de que a proibição de insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24-25.

fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial, que volta a assumir um lugar de destaque também por este prisma.⁴⁸

O princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização de pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinada modalidade de sanções penais (art. 5º, XLVII) e admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).

Veja-se que o antedito princípio tem maior destaque na seara do direito penal. A aplicação da norma penal e processual penal deve ir de encontro ao princípio da proporcionalidade, sob pena de se cometer excessos inimagináveis.

Este princípio que revela grande amplitude na Carta Magna, tem especial importância para o tema deste trabalho de conclusão de curso. Em síntese, as penas não podem ultrapassar a real necessidade de punição das figuras delitivas.

Damásio de Jesus preleciona sobre este princípio e diz o seguinte:

Chamado também “princípio da proibição de excesso”, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena. Vide arts. 13, 59 (função da culpabilidade na medida da pena) e 180, § 1º, deste Código (estudo do “sabe” e “deve saber”).⁴⁹

Capez, sobre proporcionalidade, enfatiza:

Para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque contrário ao Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras: a criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da coletividade. Com efeito, um Direito Penal democrático não pode conceber uma incriminação que traga mais temor, mais ônus, mais limitação social do que benefício à coletividade.⁵⁰

Citando Baccaria e sua obra *Dos Delitos e das Penas*, Nucci faz uma análise do princípio através da narrativa do livro. Enfatiza que a punição deve observar o dano causado pela possível infração.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 310.

⁴⁹ JESUS, Damásio de. **Código Penal Comentado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36.

Contrário à pena de morte e às penas cruéis, pregou BECCARIA o princípio da proporcionalidade da pena à infração praticada, dando relevo ao dano que o crime havia causado à sociedade. O caráter humanitário presente em sua obra foi um marco para o direito penal, até porque se contrapôs ao arbítrio e à prepotência dos juízes, sustentando que somente leis poderiam fixar penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las tal como postas. Insurgiu-se contra a tortura como método de investigação criminal e pregou o princípio da responsabilidade pessoal, buscando evitar que as penas pudessem atingir os familiares do infrator, o que era fato corriqueiro até então. A pena, segundo defendeu, além do caráter intimidativo, deveria sustentar-se na missão de regenerar o criminoso.⁵¹

Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco fundamentam a proporcionalidade como critério de ponderação entre o que se pretende proteger e a forma como se deve proteger:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial. Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados.⁵²

No direito penal este princípio está intimamente ligado aos critérios de fixação e individualização das penas.

Destarte, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade busca limitar de certa forma o poder de punição, falando-se em ciência penal. Há que ponderar a necessidade de aplicação de reprimendas e se elas realmente são cabíveis e necessárias a cada caso.

1.3.3 - Intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima traz que não são todas as lesões a bens jurídicos protegidos que devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal que por sua vez constitui apenas parte do ordenamento jurídico.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 23.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 319.

De acordo com princípio em estudo, o direito penal é apenas parte de um todo, sendo assim deve tratar dos atos ilícitos, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves que de fato afetam o convívio em sociedade lesionando a segurança pública e a liberdade de cada indivíduo.

Costuma-se conceituar intervenção mínima e fragmentariedade de uma única forma. No entanto, para Nucci deve-se promover a separação didática de conceitos.

“Deve-se separar a fragmentariedade da intervenção mínima apenas por razões didáticas, vale dizer, a fim de tornar bem clara a necessidade de se considerar o Direito Penal como *ultima ratio*”.⁵³

Referido princípio recomenda moderação quando o assunto trata sobre a escolha das condutas realmente relevantes para o direito penal.

A ciência penal deve atuar como soldado de reserva e não de forma arbitrária em todos os atos cometidos. Nem tudo o que se pratica fere ao Estado a ponto de que haja ingerência do Direito Penal.

Capez diz sobre a intervenção mínima:

A intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal. Este se apresenta por meio de pequenos flashes, que são pontos de luz na escuridão do universo. Trata-se de um gigantesco oceano de irrelevância, ponteados por ilhas de tipicidade, enquanto o crime é um naufrago à deriva, procurando uma porção de terra na qual se possa chegar.

Somente haverá Direito Penal naqueles raros episódios típicos em que a lei descreve um fato como crime; ao contrário, quando ela nada disser, não haverá espaço para a atuação criminal. Nisso, aliás, consiste a principal proteção política do cidadão em face do poder punitivo estatal, qual seja, a de que somente poderá ter invadida sua esfera de liberdade, se realizar uma conduta descrita em um daqueles raros pontos onde a lei definiu a existência de uma infração penal.⁵⁴

Nucci conceituando o princípio ensina que:

A intervenção mínima demanda a instituição de lei penal incriminadora somente em *ultima ratio*, quando nada mais resta ao Estado senão criminalizar determinada conduta. Por isso, leis intermitentes não se coadunam com o texto constitucional de 1988, reputando-se não recepcionado o art. 3.º do Código Penal. Como exemplo de lei temporária, pode-se citar a Lei 12.663/2012 (Lei Geral da Copa), que, pela primeira vez, após a edição do Código Penal, traz a previsão de tipos penais

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 76.

⁵⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

incrimadores (arts. 30 a 33) com validade determinado, até o dia 31 de dezembro de 2014 (art. 36).⁵⁵

Desse modo, podemos concluir que a intervenção mínima deduz que o direito penal não pode ocupar-se de delitos que não demonstram grave risco a incolumidade pública.

1.3.4 - Adequação Social

Perfunctoriamente, a adequação social rege que condutas aceitas pela sociedade não deverão ser punidas.

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, “apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.”⁵⁶

Pelo que vemos na atualidade, embora no Brasil não se pregue o direito consuetudinário, as Leis cada vez mais antigas e defasadas não se atentam às evoluções da sociedade. Algumas dessas normas passam a não atender aos anseios e bens tutelados, necessitando rever seu real entendimento e aplicação.

Nucci explicita seu parecer sobre a adequação social:

Com relação à adequação social, pode-se sustentar que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não se constitua em causa de justificação, pode ser entendida como não lesiva ao bem jurídico tutelado. É o caso da colocação do brinco, situação tradicionalmente aceita, como meta de embelezamento, embora se possa cuidar, ao menos na aparência, de lesão à integridade física.⁵⁷

Diz-se que a conduta aceita pela sociedade não atenta contra a Constituição.

Dando continuidade ao estudo da adequação social, Nucci também afirma que ela é suficiente para excluir a tipicidade penal:

Parece-nos, entretanto, que a adequação social é, sem dúvida, motivo para exclusão da tipicidade, justamente porque a conduta consensualmente aceita pela sociedade não se ajusta ao modelo legal incriminador, tendo em vista que este possui, como finalidade precípua, proibir condutas que firam bens jurídicos tutelados.⁵⁸

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 57.

⁵⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. vol I. Niterói: Impetus, 2012, p. 15.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 144.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 145.

Para Luiz Regis Prado, as condutas que são tidas como adequadas perante a sociedade podem não ser exemplares “uma ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária segundo uma ordem condicionada historicamente”.⁵⁹

É o que o ocorre com as chamadas casas de prostituição, todos sabemos que existem, mas a sociedade se acomoda. Nem mesmo o poder público toma providências para pôr termo a esse tipo de atividade.

Fundamental ressaltar que a adequação social não se presta a promover a exclusão de crimes. Em acréscimo ao que narrado no parágrafo anterior, Greco cita exemplo alusivo ao intitulado Jogo do Bicho:

Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe, aqui, a alegação, pelo agente, de que o fato que pratica se encontra, agora, socialmente adequado. Isto ocorre, por exemplo, com o “jogo do bicho”, que porquanto não seja socialmente inadequado, permanece contravenção penal.⁶⁰

Greco diz, ainda, que o princípio admite duas funções:

O princípio da adequação social possui uma dupla função:

- a) restringe o âmbito de aplicação do direito penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade;
- b) orienta o legislador na eleição das condutas que se deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes, seja incluindo novas condutas, seja excluindo condutas NÃO MAIS INADEQUADAS À CONVIVÊNCIA EM SOCIEDADE.⁶¹

Pelo que se viu até aqui, o Direito deve-se adequar à realidade social e a necessidade das normas ingerirem a todo e qualquer caso.

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 232.

⁶⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. vol I. Niterói: Impetus, 2012, p. 15.

⁶¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. vol I. Niterói: Impetus, 2012, p. 15.

1.3.5 - Princípio da Lesividade

Tal princípio também pode ser chamado de princípio da ofensividade ou da exclusiva proteção dos bens jurídicos, "a exigência da lesividade se traduz no brocardo *nullum crimen sine injuria*".⁶²⁶³

Fernando Galvão prega que o princípio da lesividade "materializa o axioma segundo o qual *nulla necessitas sine iniuria*⁶⁴, ou seja, não há necessidade da repressão punitiva sem que haja ofensa ao bem jurídico."⁶⁵

Exsurge do mínimo exigido pela objetividade, para evitar punição de um direito penal de ânimo, ou seja, daquilo que se pensa em fazer.

Como ensina Luiz Flávio Gomes, "o princípio do fato não permite que o direito penal se ocupe das intenções e pensamentos das pessoas, do seu modo de viver ou de pensar, das suas atitudes internas (enquanto não exteriorizada a conduta delitiva)."⁶⁶

"O Direito Penal não é instrumento legítimo para reprovar as condutas insignificantes, imorais, pecaminosas ou diferentes. No contexto democrático, o cidadão tem direito à individualidade."⁶⁷

Desta feita, o cidadão só poderá ser punido se sua conduta afetar os bens e interesses sociais. "Isso significa também que o Direito Penal não pode intervir para reprimir a intimidade das pessoas."⁶⁸

O principal reflexo do princípio da lesividade está na aceitação da tipicidade material, ou seja, não é fundamento idôneo para culpar o agente apenas a conduta e o nexo de causalidade entre o ato e seu resultado por ele produzido, é necessário que este resultado tenha gerado uma lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, de modo a necessitar da intervenção do Estado para solução do problema.

Na sábia concepção de Luiz Flávio Gomes, Antônio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini:

⁶² SEMER, Marcelo. **Princípios Penais no Estado Democrático**. 1. ed, São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014, p. 44.

⁶³ Não há crime sem ofensa ao bem jurídico.

⁶⁴ Princípio da lesividade ou ofensividade - não há necessidade se não há também uma relevante e concreta lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado.

⁶⁵ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 77.

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

⁶⁷ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 77.

⁶⁸ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 77.

Já não é concebível que o juízo de tipicidade se resuma a uma constatação puramente formalista ou literal (adequação gramatical da conduta à letra da lei). Para além desse nível meramente subjuntivo, o fato é típico quando o bem jurídico, revelado pela norma (de valoração), vem a ser concretamente afetado (o por uma lesão ou por um perigo concreto). Do método subjuntivo passa-se ao ponderativo. Do mero legalismo passa-se a concepção constitucionalista.⁶⁹

Do mesmo modo, Fernando Galvão entende não ser possível que o agente seja punido por crime que não gere lesão aparente ao bem jurídico tutelado, em respeito ao princípio da ofensividade:

O princípio da ofensividade vincula o Direito Penal ao objetivo de proteger materialmente o bem jurídico. Sem lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico não pode haver intervenção punitiva. Nesse sentido, o princípio confronta-se com a postura funcionalista de que o Direito Penal visa, essencialmente, a proteger as normas jurídicas que garantem a estabilidade das expectativas sociais, o que transforma a norma em bem jurídico.⁷⁰

Por outro lado, nota-se que com a incidência do princípio da lesividade não há que se falar em crime de perigo abstrato, pois, repita-se, segundo tal princípio não haverá ilícito se o ato não gerar importante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Trago à baila as ideias sustentadas pelo festivo doutrinador Fernando Capez:

O princípio da ofensividade considera inconstitucionais todos os chamados “delitos de perigo abstrato”, pois, segundo ele, não há crime sem comprovada lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. Não se confunde com princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, segundo o qual o direito não pode defender valores meramente morais, éticos ou religiosos, mas tão somente os bens fundamentais para a convivência e o desenvolvimento social. Na ofensividade, somente se considera a existência de uma infração penal quando houver efetiva lesão ou real perigo de lesão ao bem jurídico. No primeiro, há uma limitação quanto aos interesses que podem ser tutelados pelo Direito Penal; no segundo, só se considera existente o delito quando o interesse já selecionado sofrer um ataque ou perigo efetivo, real e concreto.⁷¹

Neste ponto, para melhor compreensão da problemática, cabe-nos conceituar crime de dano e crime de perigo, que são respectivamente o que se presume lesão ao bem tutelado pela norma penal e o que se consuma apenas com o risco sofrido pelo bem jurídico tutelado.

⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal – Introdução e princípios fundamentais**. vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 468.

⁷⁰ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 78.

⁷¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38.

Esta é a lição de Vitor Eduardo Rios Gonçalves:

Crimes de dano são aqueles que pressupõem uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Exs.: homicídio, furto etc.

Crimes de perigo são os que se consumam com a mera situação de risco a que fica exposto o objeto material do crime. Exs.: crime de periclitación da vida e da saúde (art. 132); rixa (art. 137) etc.⁷²

Por outro lado, impende anotar que os crimes de perigo ainda se subdividem em crime de perigo abstrato, crime de perigo concreto, crime de perigo individual e crime de perigo comum.

a) Crimes de perigo abstrato (ou presumido): em relação a esses crimes a lei descreve uma conduta e presume que o agente, ao realizá-la, expõe o bem jurídico a risco. Trata-se de presunção absoluta (não admite prova em contrário), bastando à acusação provar que o agente praticou a conduta descrita no tipo para que se presuma ter havido a situação de perigo. Ex.: crime de rixa (art. 137).

b) Crimes de perigo concreto: nesses delitos a acusação tem de provar que pessoa certa e determinada foi exposta a uma situação de risco em face da conduta do sujeito. Em suma, há que se provar que o perigo efetivamente ocorreu, pois este não é presumido. Ex.: crime de periclitación da vida e da saúde (art. 132), no qual o tipo penal exige que a vida ou a saúde de pessoa determinada seja exposta a perigo direto e iminente.

c) Crimes de perigo individual: são os que expõem a risco o interesse de uma só pessoa ou de grupo limitado de pessoas. Exs.: arts. 130 a 137 do Código Penal.

d) Crimes de perigo comum (ou coletivo): são os que expõem a risco número indeterminado de pessoas. Exs.: arts. 250 a 259 do Código Penal.⁷³

Nesse ponto, daremos maior ênfase aos crimes de perigo abstrato, que conforme bem relatado por Vitor Eduardo Rios Gonçalves, ocorre quando o agente promove a exposição do bem jurídico tutelado a um risco, sendo desnecessária a configuração de resultado para consumação do delito, o que segundo os ditames do princípio da lesividade é inaceitável, pois sem lesão não há crime.⁷⁴

Luiz Flávio Gomes, Antônio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini alegam ser essa modalidade de crime inconstitucional, sob o argumento de que nos crimes de perigo abstrato não ocorre lesão, ou ao menos risco de lesão ao bem jurídico protegido, frisando que mesmo diante de posicionamento maciço, o princípio não pode perder eficácia.

⁷² GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Sinopse Direito Penal – Parte Geral**. vol 7. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

⁷³ GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Sinopse Direito Penal – Parte Geral**. vol 7. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40-42.

⁷⁴ GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Sinopse Direito Penal – Parte Geral**. vol 7. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40-42.

De qualquer modo, certo é que essas contradições (princípio da ofensividade *versus* perigo abstrato, por exemplo), que continuam existindo os sistemas normativos vigentes, não podem ser entendidas em sentido radical para anularem a eficácia do princípio.⁷⁵

O Supremo Tribunal Federal considera essa modalidade de crimes constitucional.

⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal – Introdução e princípios fundamentais**. vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 465.

2- CAPÍTULO II – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Iremos abordar aqui o princípio da insignificância e suas nuances.

2.1- CONCEITO E ORIGEM

O direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Logo, observando essas considerações, o Princípio da Insignificância não deve ocupar-se de bagatelas.

Destarte, o conceito do princípio é o de que a conduta praticada pelo agente atinge de forma tão ínfima o valor tutelado pela norma que não se justifica a repressão. O que, juridicamente, implica não ter havido crime algum.

Neste sentido, tem-se as palavras dos doutrinadores André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves:

“O Direito Penal, num ambiente jurídico fundado na dignidade da pessoa humana, em que a pena criminal não constitui instrumento de dominação política ou submissão cega ao poder estatal, mas um meio para a salvaguarda dos valores constitucionais expressos ou implícitos, não deve criminalizar comportamentos que produzam lesões insignificantes aos bens juridicamente tutelados. Donde se conclui que condutas causadoras de danos ou perigos ínfimos aos bens penalmente protegidos são consideradas (materialmente) atípicas.”⁷⁶

Quanto à sua origem, o Princípio da Insignificância foi desenvolvido em doutrina e não na legislação codificada ou extravagante, sendo, inicialmente detalhado e organizado por Claus Roxin, em 1964, que o formulou como base de validade geral para a determinação do injusto, a partir de considerações sobre a máxima latina *minimis non curat praetor*.⁷⁷

De acordo com André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves:

“Em sua concepção moderna, o princípio da insignificância ou bagatela foi desenvolvido por Claus Roxin, como meio de aperfeiçoar a tese de Hans Welzel, segundo a qual lesões insignificantes deveriam ser excluídas da

⁷⁶ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

⁷⁷ O pretor não cuida de coisas pequenas. Cita-se para significar que pessoas de certa categoria não podem preocupar-se com pequenos detalhes.

seara do Direito Penal. Remotamente, contudo, inspira-se no velho adágio latino de *minimis non curat praetor*, identificável no direito romano.”⁷⁸

Lado outro, existiram referências à ideia geral do conceito de insignificância na obra de Franz Von Liszt em 1903, conforme registra Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

“A nossa legislação faz da pena, como meio de luta, um emprego excessivo. Se deveria refletir se não mereceria ser restaurado o antigo princípio *mínima non curat praetor*, ou como regra de direito processual (superamento do princípio da legalidade), ou como norma de direito substancial (isenção de pena pela insignificância da infração).”⁷⁹

O princípio da insignificância opera como vetor interpretativo do tipo penal, cujo objetivo é o de excluir do alcance do Direito Criminal condutas provocadoras de mínima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Essa forma de interpretação apresenta formas de uma válida medida de política criminal, que objetiva, para além de uma desnecessária carcerização, o descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral.

De se ressaltar ainda que o princípio da insignificância, em âmbito penal, é um preceito que reúne quatro condições essenciais para ser aplicado: a mínima ofensividade da conduta, a inexistência de periculosidade social do ato, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão provocada.

Corroborando este entendimento:

“A jurisprudência nacional prestigia grandemente o princípio da insignificância ou bagatela, já tendo sido acolhido em inúmeras decisões de nossos tribunais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Este, inclusive, desenvolveu quatro vetores para sua aplicação, de tal modo que a apreciação concreta da insignificância do comportamento não fique adstrita à dimensão econômica do prejuízo sofrido pela vítima, mas seja pautada por uma análise global da conduta e do agente. Tais vetores são: a mínima ofensividade da conduta; a ausência de

⁷⁸ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

⁷⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**: análise à luz da Lei 9.00/95: juizados especiais criminais e jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 82/83.

periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e, a inexpressividade da lesão jurídica provocada.”⁸⁰

A par de tais considerações, expostos conceito e origem do princípio da insignificância, passaremos a abordar as consequências.

2.2- CONSEQUÊNCIAS

Basicamente, a grande consequência jurídica do reconhecimento do princípio da insignificância é a exclusão do crime. Ou seja, a consequência jurídica caso entenda que deva ser aplicado a criminalidade de bagatela no caso concreto é a exclusão do crime, o que gera a atipicidade material da conduta.

Neste contexto, Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo afirmam que:

“Na tipicidade material incide o princípio da insignificância, afastando-a. Isto quer dizer que exclui ou afasta a tipicidade em seu aspecto material, de sorte que inexistente o primeiro elemento do crime, e, por consequência, o próprio crime. Trata-se de uma "infração bagatelar" (ou "infração bagatelar própria”).”⁸¹

Imperioso pôr em relevo que o princípio da insignificância pode ser visto como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, tendo em vista que restringe o âmbito de incidência da lei penal incriminadora e afasta a tipicidade material.

Lado outro, o fato de que o princípio da insignificância não é uma causa excludente da punibilidade, mas, da própria tipicidade (material), traz importantes diferenças no tratamento jurídico conferido ao acusado.

Para que se reconheça uma causa excludente da punibilidade o fato, antes de tudo, precisa ser punível. O fato para ser punível precisa, antes de tudo, ser típico. A punibilidade se materializa na ameaça da pena. Se o fato típico (descrito na lei) é ameaçado com pena, logo é punível.

Nesse sentido, a punibilidade é um conceito intrínseco à previsão legal. Após cometido o delito, nasce para o Estado uma pretensão punitiva. Presente uma das excludentes da punibilidade, o fato não deixa de ser típico e ilícito, apenas não

⁸⁰ ESTEFAM, André / GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100.

⁸¹ SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. **Direito Penal: Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 57.

incide a reprimenda prevista. Sem dúvida, uma realidade completamente distinta da atipicidade.

Registre-se também que o princípio da insignificância possui a capacidade de afastar a tipicidade material do fato, tendo como vetores para sua incidência: a) a mínima ofensividade da conduta, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica.

À vista disso, descaracterizando-se o aspecto material do tipo penal, a conduta passa a ser atípica, impondo, porquanto, a absolvição do réu, não lhe restando consequência penal alguma.

2.3- DISTINÇÕES

Há uma distinção entre o princípio da insignificância, em que se afasta a tipicidade material, e entre o princípio da bagatela imprópria, em que se exclui a culpabilidade no comportamento praticado.

Fundamenta-se esta última tese do conceito funcional de culpabilidade, segundo o qual esta não se adstringe à reprovabilidade da conduta, orientada nos elementos previstos no Código Penal, mas também requer a satisfação de necessidades preventivas.⁸²

O princípio da bagatela imprópria pode ser aplicado nas seguintes situações: ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa ou a colaboração com a justiça, ínfimo desvalor da culpabilidade, sendo que todos apreciados integralmente e analisados no caso concreto, podem fazer com que seja desnecessária a imposição da pena.

De se ressaltar que, a ausência de bases claras para a incidência do princípio e sua consecutiva exacerbação da discricionariedade judicial que este propicia, tornam sua aplicação fator de insegurança jurídica e, por vezes, de desigualdade no tratamento da Justiça Penal.⁸³

Assim, ao se constatar o desvalor da conduta a insignificância deve ser aplicada.

⁸² ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103.

⁸³ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 104.

3- CAPÍTULO III – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E OS CRIMES DE MERA CONDOTA

Neste capítulo falaremos sobre a controvérsia de aplicação do princípio da insignificância aos crimes de mera conduta, ou seja, aqueles em que não se faz necessário a produção de um resultado naturalístico para que haja consumação.

Iremos expor correntes diversas sobre a aplicação do princípio da insignificância. Encerraremos com a defesa do ponto crucial que é a possibilidade de se aplicar o princípio da insignificância ao delito de posse ilegal de arma de fogo.

3.1 – VISÃO GERAL

Conforme visto no capítulo anterior, as infrações bagatelares são aquelas que constituem-se em ninharia, das quais o direito penal não deve ocupar-se.

O fato nasce sem relevância penal. Há desvalor da ação, bem como desvalor do resultado produzido.

Reconhecendo a incidência deste princípio, o juiz declarará a conduta praticada materialmente atípica. Nestes termos pode o réu ser absolvido sumariamente, o processo penal sequer será instruído produzindo-se as provas requeridas pelas partes, ou mesmo absolvido em sede de sentença pela atipicidade da conduta.

Prevê o reconhecimento da atipicidade da conduta pelo magistrado os artigos 397 e 386 do CPP. Vejamos:

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

IV - extinta a punibilidade do agente. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).⁸⁴

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

⁸⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 01 de novembro de 2017.

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)⁸⁵

Cabe frisar que o próprio representante do Ministério Público poderá pugnar pelo arquivamento do inquérito policial, desde que entenda, também, pela atipicidade da conduta. Vale lembrar que o membro do Ministério Público também poderá requerer o arquivamento em outros casos e vincular seu pedido ao surgimento de novas provas, fato que poderá culminar no desarquivamento. (artigo 18 do Código de Processo Penal).

Há correntes que defendem, ainda, ser possível o reconhecimento da insignificância pela autoridade policial. No entanto, trata-se de tema controverso, não cabendo sua análise neste momento.

3.2- ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS E PRECEDENTE CRIADO PELA SUPREMA CORTE

Há nos Tribunais Superiores entendimento controverso sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse ilegal de armas de fogo.

Trataremos aqui dos precedentes criados pelos Tribunais dos Estados de Minas Gerais, São Paulo, Rondônia, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Apesar da controvérsia, é recorrente o posicionamento de que ao crime de posse de armas não se pode aplicar o princípio da insignificância.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais é majoritário os julgados que vão de encontro à não aplicação do princípio ao caso em estudo.

⁸⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 01 de novembro de 2017.

Agarra-se à assertiva de que aos crimes de perigo abstrato o princípio não pode ser empregado.

Demonstrando a não aplicação da insignificância aos crimes de posse de arma pelo Tribunal do Estado de Minas Gerais, tem-se acórdão de relatoria do Desembargador Júlio César Lorens:

APELAÇÃO CRIMINAL - POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - REDUÇÃO DA PENA-BASE - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE. I - Não se aplica o princípio da insignificância ao crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, pois este configura delito de mera conduta e de perigo abstrato, não possuindo, assim, resultado naturalístico a ser aferido, de forma que a simples subsunção da conduta do agente ao preceito penal incriminador implica em presunção de ofensa ao bem jurídico tutelado. II - Se a pena-base foi analisada com excessivo rigor, sua redução, nesta instância revisora, é medida imperativa. V. v. APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO. ABOLITIO CRIMINIS. DECRETO 7473/2011. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. Presume-se a boa-fé do possuidor de arma de fogo e de munição quanto à sua intenção de entregá-las à Polícia Federal, razão pela qual se conclui ser atípica a conduta de "possuir", prevista no art. 12 e art. 16, ambos da Lei 10826/03. (TJ-MG - APR: 10071120031761001 MG, Relator: Júlio César Lorens, Data de Julgamento: 18/03/2014, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 24/03/2014)⁸⁶

No inteiro teor de seu voto, o desembargador cita que nos crimes de mera conduta não se pode reconhecer infração bagatelar. Prega que a subsunção da conduta à norma, por si só, gera violação à incolumidade pública. Essa conduta, na sua concepção deve ser punida.

Pois bem. Como relatado alhures, a defesa suplica pela absolvição do réu, com aplicação do princípio da insignificância, argumentando que a conduta do acusado é atípica, uma vez que não é grave, tampouco causou qualquer lesão ou risco concreto de lesão a ponto de legitimar a aplicação da lei penal.

Todavia, em que pesem os esforços da combativa defesa, seu pleito não comporta provimento. Isto porque o crime descrito no art. 12 da Lei 10.826/03 é de mera conduta e de perigo abstrato, não possuindo, assim, resultado naturalístico a ser aferido, de forma que a simples subsunção da conduta do agente ao preceito penal incriminador implica em presunção de ofensa ao bem jurídico tutelado.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 10071120031761001**. Relator: Desembargador Júlio César Lorens. Julgado em: 18/03/2014. Data de Publicação: 24/03/2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119541654/apelacao-criminal-apr-10071120031761001-mg>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

Com efeito, a mera posse irregular de arma de fogo provoca agressão à ordem jurídica, violando a incolumidade pública, merecendo, desta forma, punição.⁸⁷

Veja-se que o iminente Desembargador não adentra incisivamente ao tema, ou o porque, de não se aplicar o princípio da insignificância aos crimes de mera conduta. Enfatiza, tão somente, que o simples fato de se possuir armamento gera riscos ao bem jurídico tutelado pela norma. A conduta deve ter punição pelo direito Penal. Fundamenta seu entendimento citando acórdão de relatoria do Desembargador Judimar Biber, do ano de 2009. Vejamos:

"EMENTA: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - PRETENSA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA POR AUSÊNCIA DE LESIVIDADE - IRRELEVÂNCIA - CRIME DE MERA CONDUTA OU DE PERIGO ABSTRATO. Nos crimes de mera conduta impossível a avaliação do desvalor do resultado como condição para a tipicidade da ação sem que tal constitua imprópria intervenção judicial na política legislativa, sendo inaplicável o princípio da insignificância, muito menos, se mostra possível afastar a ação por ausência de lesividade objetiva seja pela irrealidade da visão restritiva pelo só aparato bélico e a representação ofensiva à incolumidade dele derivado, seja porque no caso as munições estavam à mão do agente. Recurso não provido". (TJMG, Ap. Crim. 1.0183.04.076890-9/001, Rel. Des. Judimar Biber, j: 01/09/09).⁸⁸

Na mesma toada, a desembargadora Márcia Milanez, do TJMG, rechaça a possibilidade de se aplicar a insignificância aos crimes de posse de armas. Senão Vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL - PORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO E RESTRITO - POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO - INCONFORMISMO DEFENSIVO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - PORTE DE MUNIÇÃO QUE REPRESENTA OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO - ARMA DESMUNICIADA - CRIME DE MERA CONDUTA - ESTATUTO QUE DETERMINA A PUNIÇÃO DA POSSE OU PORTE DE ARMA DE FOGO,

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 10071120031761001**. Relator: Desembargador Júlio César Lorens. Julgado em: 18/03/2014. Data de Publicação: 24/03/2014. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_APR_10071120031761001_ab044.pdf?Signature=IFA4IMaZL1SQz5uvllqCmQsuA2o%3D&Expires=1509963977&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=59708d659bd77bde0645f90ab5ec02e5. Acesso em 02 de novembro de 2017.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: **Apelação Criminal n. 10071120031761001**. Desembargador Júlio César Lorens. Julgado em: 18/03/2014. Data de Publicação: 24/03/2014. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_APR_10071120031761001_ab044.pdf?Signature=IFA4IMaZL1SQz5uvllqCmQsuA2o%3D&Expires=1509963977&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=59708d659bd77bde0645f90ab5ec02e5. Acesso em 02 de novembro de 2017.

ACESSÓRIOS E MUNIÇÕES SEM AUTORIZAÇÃO OU EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL OU REGULAMENTAR - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Tratando-se de crime de mera conduta, irrelevante para sua configuração a utilização que seria futura e eventualmente dada pelo agente à munição por ele portada, não havendo falar em princípio da insignificância. O crime de posse de arma de fogo não exige prova de exposição da população a risco, pois se trata de crime de perigo abstrato, e não concreto, que não exige qualquer resultado naturalístico. Tratando-se de crime formal ou de mera conduta, consuma-se com a mera ação do autor de possuir uma arma com a consciência de não possuir uma autorização especial emitida pelo poder público, sendo irrelevante que a arma esteja municada. (TJ-MG - APR: 10024120297791001 MG, Relator: Márcia Milanez, Data de Julgamento: 30/07/2013, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 05/08/2013)⁸⁹

Para a relatora do recurso de apelação nº 10024120297791001 é indubitável que a posse de arma gera ofensa à norma penal. Em seu entendimento, pouco importa a destinação que será dada ao armamento. Portando-o configura-se crime e o princípio da insignificância não pode ser invocado.

No entanto, não prospera a incidência do mencionado princípio ao caso, pois o perigo representado pela conduta do réu é abstrato e presumido, sendo indubitável a ofensa à norma penal.

A conduta típica se perfaz tão-somente com o ato de portar munição, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar. Trata-se, pois, de crime de mera conduta, sendo irrelevante para sua configuração a utilização que seria futura e eventualmente dada pelo agente à munição por ele portada, não havendo falar em princípio da insignificância.⁹⁰

Note-se, também, que para a Desembargadora Márcia Milanez ainda que a arma esteja desmunicada não há que se falar em conduta irrelevante à incidência da norma penal:

De igual modo, a posse de arma de uso restrito constitui delito de perigo abstrato, pouco importando se a arma estava desmunicada, porquanto não é necessária a ocorrência de um resultado naturalístico para sua consumação. Basta a mera conduta de possuir a arma de fogo em

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 10024120297791001**. Relatora: Desembargadora: Márcia Milanez. Julgado em: 30/07/2013. Data de Publicação: 05/08/2013. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116255031/apelacao-criminal-apr-10024120297791001-mg>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 10024120297791001**. Relatora: Desembargadora: Márcia Milanez. Julgado em: 30/07/2013. Data de Publicação: 05/08/2013. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_APR_10024120297791001_5b7c3.pdf?Signature=bGhMLHQ2kYEbe2pQ%2BxeokGA62n8%3D&Expires=1509965457&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=68399cc4058357c0ab19fb47ad4b915b. Acesso em 02 de novembro de 2017.

desacordo com determinação legal para violar o bem jurídico tutelado.⁹¹

Não destoam da corrente defendida pelo Tribunal Mineiro a recentíssima jurisprudência do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo.

De relevo citar, nesse sentido, ementa de acórdão de relatoria do desembargador Alcides Malossi Júnior:

PENAL. APELAÇÃO. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – CONDENAÇÃO DE RIGOR. PROVA SUFICIENTE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE CRIME PERMANENTE E USO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO QUE LEGITIMARAM AS PROVAS OBTIDAS – IRRELEVÂNCIA SOBRE EXISTÊNCIA OU NÃO DE ARMA CORRESPONDENTE À MUNIÇÃO OU MESMO SUA QUANTIDADE. EFETIVA POTENCIALIDADE LESIVA, NÃO ADMITINDO ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1) Denúncia precisa quanto aos fatos – Preenchimento dos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal – Tendo o réu se defendido dos fatos e inexistindo qualquer indicativo direto de cerceamento de defesa, não há que se falar em vulneração do contraditório e da ampla defesa – Provas obtidas legitimamente contra o réu, eis que amparadas por regular mandado de busca e apreensão. Existência, por outro lado, de apreensão de drogas, crime permanente – Crime de perigo abstrato, voltado à proteção da segurança coletiva. 2) Irrelevância quanto à apreensão de armas junto com as munições irregularmente mantidas pelo acusado – Tendo sido encontradas em sua residência, local ao qual somente ele tinha acesso, a autoria, no conjunto das provas, mostra-se inegável. Potencialidade lesiva presumida. Repetindo, crime de perigo abstrato. Munição que, mesmo única, teria condição de matar. Impossibilidade de reconhecimento de ínfima potencialidade, inaplicável, portanto, o princípio da insignificância. (TJ-SP - APL: 00230137220108260068 SP 0023013-72.2010.8.26.0068, Relator: Alcides Malossi Junior, Data de Julgamento: 25/02/2016, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 29/02/2016)⁹²

Foge à fria negativa de aplicação do princípio da insignificância, o entendimento perfilhado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Em brilhantes ideias, naquele Tribunal foram promovidas sábias aplicações do princípio da insignificância aos crimes de posse ilegal de arma de fogo.

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 10024120297791001**. Relatora: Desembargadora: Márcia Milanez. Julgado em: 30/07/2013. Data de Publicação: 05/08/2013. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_APR_10024120297791001_5b7c3.pdf?Signature=bGhMLHQ2kYEbe2pQ%2BxeokGA62n8%3D&Expires=1509965457&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=68399cc4058357c0ab19fb47ad4b915b. Acesso em 02 de novembro de 2017.

⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal n. 00230137220108260068**. 8ª Câmara de Direito Criminal. Relator Des: Alcides Malossi Junior. Data de Julgamento: 25/02/2016. Data de Publicação: 29/02/2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310164961/apelacao-apl-230137220108260068-sp-0023013-7220108260068>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

Para a desembargadora Ivanira Feitosa Borges se a arma encontra-se desmuniada e em local de difícil acesso, onde o agente dificilmente poderia acessá-la para utilização, a conduta não gera riscos a incolumidade pública, o que de pronto leva à conclusão de aplicação da insignificância. Vale citar:

Apelação. Preliminar. Prescrição. Não ocorrência. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Ofensividade insignificante. Atipicidade. Absolvição. Procedência. O porte de arma de fogo desmuniada e guardada no interior de veículo não representa risco concreto à incolumidade pública, apresentando uma insignificante potencialidade de perigo ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal e enseja a absolvição do agente por atipicidade de conduta. (TJ-RO - APL: 00002150820108220011 RO 0000215-08.2010.822.0011, Relator: Desembargadora Ivanira Feitosa Borges, Data de Julgamento: 19/04/2011, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 28/04/2011.)⁹³

Na abalizada opinião da Desembargadora, a consumação de um crime não se esgota com a subsunção de uma conduta à norma, faz-se necessário a demonstração de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma.

Vejamos trecho da fundamentação por ela despendida ao aplicar a insignificância ao crime de posse de armas:

Entendo que o porte de arma de fogo em tais circunstâncias não pode ser considerado ofensivo à segurança pública. Conforme entendimento firmado pelo desembargador Valter de Oliveira, em caso semelhante julgado por essa Câmara, a tipicidade não se esgota no juízo lógico-formal de subsunção do fato ao tipo legal do crime, mas compreende necessária ofensividade ao bem protegido. Senão, vejamos: Porte ilegal de arma e munições. Arma desmuniada. Atipicidade. Absolvição. O fato de a arma de fogo estar desmuniada gera a atipicidade da conduta, porque, com sua impropriedade material, ela perde a potencialidade lesiva (AC n. 100.501.2005.007487-9 - Rel. Des. Valter de Oliveira).⁹⁴

E prossegue:

A Lei n. 10.826/2003 tem como bem jurídico tutelado a incolumidade pública, ou seja, a segurança da coletividade. Sob esse aspecto, o que importa para a caracterização do delito é saber se o porte da arma exercido pelo agente representa uma ameaça ou uma

⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Apelação Criminal nº 00002150820108220011**. Relatora: Desembargadora Ivanira Feitosa Borges. Data de Julgamento: 19/04/2011. 1ª Câmara Criminal. Data de Publicação: 28/04/2011. Disponível em: <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295497852/apelacao-apl-2150820108220011-ro-0000215-0820108220011>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Apelação Criminal nº 00002150820108220011**. Relatora: Desembargadora Ivanira Feitosa Borges. Data de Julgamento: 19/04/2011. 1ª Câmara Criminal. Data de Publicação: 28/04/2011. Disponível em: <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295497852/apelacao-apl-2150820108220011-ro-0000215-0820108220011/inteiro-teor-295497862?ref=juris-tabs>. Acesso em 04 de novembro de 2017.

verdadeira lesão ao estado de segurança que a norma procurou proporcionar à sociedade.

No caso em exame, não se denota na conduta do apelante nenhum tipo de ofensividade ou potencial perigo de dano a esse bem jurídico, como bem salientou o juiz de primeiro grau.

O apelado é primário, não possui nenhum antecedente criminal, é estudante de odontologia, não havendo indicativos de que tivesse a intenção de praticar qualquer outro crime de posse do armamento, mas que pretendia levar a referida arma para o sítio da sua família.⁹⁵

No mesmo sentido, tem-se outro julgado de relatoria da Desembargadora Ivanira Feitosa Borges:

Apelação criminal. Porte de arma de fogo de uso permitido desmontada e guardada em local inacessível de imediato para o seu pronto uso. Ofensividade insignificante. Atipicidade. Absolvição. Procedência. O porte de arma de fogo de uso permitido, por trabalhador rural, desmontada e guardada em local inacessível, inviabilizando seu imediato acesso para municiamento, a fim de disponibilizá-la para produzir disparos, que possam causar dano a terceiros ou colocar em risco a incolumidade pública, apresenta uma insignificante potencialidade de perigo ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal, o que enseja a absolvição do agente por atipicidade de conduta. (TJ-RO - APL: 00020204720118220015 RO 0002020-47.2011.822.0015, Relator: Desembargadora Ivanira Feitosa Borges, Data de Julgamento: 22/03/2012, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 29/03/2012.)⁹⁶

O STJ também volta à não aplicação do princípio aos casos em estudo.

Não obstante o fato de a jurisprudência ser majoritária no sentido de que não há como se aplicar o princípio da insignificância aos delitos de posse de arma, conforme visto, no Tribunal de Rondônia houve aplicação neste sentido.

Para além disso, em recente precedente criado pela Suprema Corte, os Ministros do STF pautaram-se pela flexibilização da jurisprudência pacífica naquele Tribunal. Decidiu-se, no bojo do HC nº 133.984 Minas Gerais, que a conduta do paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. A partir disso, concedeu-se ordem para reestabelecer decreto absolutório do paciente.

Vejamos ementa de acórdão do citado Habeas Corpus:

⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Apelação Criminal nº 00002150820108220011**. Relatora: Desembargadora Ivanira Feitosa Borges. Data de Julgamento: 19/04/2011. 1ª Câmara Criminal. Data de Publicação: 28/04/2011. Disponível em: <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295497852/apelacao-apl-2150820108220011-ro-0000215-0820108220011/inteiro-teor-295497862?ref=juris-tabs>. Acesso em 04 de novembro de 2017.

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Apelação Criminal nº 00020204720118220015**. Relator: Desembargadora Ivanira Feitosa Borges. Data de Julgamento: 22/03/2012, 1ª Câmara Criminal. Data de Publicação: 29/03/2012. Disponível em: <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295543706/apelacao-apl-20204720118220015-ro-0002020-4720118220015>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

HABEAS CORPUS 133.984 (685). ORIGEM : RESP - 1469322 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROCED. : MINAS GERAIS. RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA. PACTE.(S) : RENATO DE DEUS VIEIRA. IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL. COATOR (A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decisão : A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus para confirmar a liminar deferida e restabelecer a decisão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferida no julgamento da Apelação Criminal n. 1.0702.09.603123-3/001, pela qual se absolveu o Paciente, com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, por não perceber lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 16, caput, da Lei n.10.826/2003, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 17.5.2016. EMENTA: HABEAS CORPUS. DELITO DO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. PACIENTE PORTANDO MUNIÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A análise dos documentos pelos quais se instrui pedido e dos demais argumentos articulados na inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância e a excepcionalidade do caso a justificar a flexibilização da jurisprudência deste Supremo Tribunal segundo a qual o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, é crime de mera conduta. 2. A conduta do Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. Não se há subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 3. Ordem concedida.⁹⁷

A par de tais apontamentos, vislumbra-se que o tema é bem controverso. O precedente criado pelo STF dá maior suporte à defesa deste trabalho monográfico, fortalecendo ainda mais a ideia de que ao crime de posse de armas é cabível a aplicação do princípio da insignificância.

3.3 – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Defendemos ser possível aplicar o princípio da insignificância ao crime de posse de arma quando atendidos alguns requisitos.

Cabe por em relevo que não se busca com o presente trabalho monográfico a absolvição pela atipicidade de conduta praticada por todo e qualquer infrator da Lei.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 133.984 (685). ORIGEM : RESP - 1469322 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** PROCED. : MINAS GERAIS. RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento em 17/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11076549>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

Sendo o agente primário e possuidor de arma desmuniada/desmontada, em local de difícil acesso, dificultando a disponibilidade imediata do armamento, o princípio em liça deve ser invocado a seu favor.

Cabe destacar lição do Ministro Sepúlveda Pertença em julgamento do RHC 81057/SP:

5. No porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio da disponibilidade:

(1) Se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se a arma disponível e o fato realiza o tipo;

(2) Ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica.⁹⁸

Condutas deste quilate não podem ser consideradas ofensivas ao bem jurídico tutelado pela norma penal, qual seja, a incolumidade pública.

O poder judiciário deve valer-se da análise mais aprofundada das condutas praticadas, sob pena de se estar cometendo injustiças de grande monta.

É o que peleciona Capez:

Aplicar a justiça de forma plena, e não apenas formal, implica, portanto, aliar ao ordenamento jurídico positivo a interpretação evolutiva, calcada nos costumes e nas ordens normativas locais, erigidas sobre padrões culturais, morais e sociais de determinado grupo social ou que estejam ligados ao desempenho de determinada atividade. Os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica formal, descurando-se de qualquer apreciação ontológica do injusto.

Da dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior, tal como passageiros de uma embarcação.⁹⁹

A justiça deve ser aplicada de forma ampla, entender pela não aplicabilidade da insignificância viola sobremaneira os princípios constitucionais.

Se não há lesividade, não há crime.

O Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, inovou no tema. Trouxe precedente que dá suporte à aplicação do princípio da insignificância a crime

⁹⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. do RHC 81057/SP**. Relator Ministro Sepúlveda Pertença. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102762>. Acesso em 18 de novembro de 2017.

⁹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.

tipificado pela Lei nº 10.826/03. Nos termos aduzidos pela Relatora Ministra Carmem Lúcia do HABEAS CORPUS 133.984 (685):

Não desconheço a jurisprudência deste Supremo Tribunal sobre o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, ser crime de mera conduta (HC n. 127.652-AgR, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 17.6.2015; RHC n. 123.553-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.10.2014; entre outros). 7. Entretanto, na espécie vertente, a análise dos documentos pelos quais se instrui o pedido e dos demais argumentos articulados na inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância e a excepcionalidade do caso a justificar a flexibilização da jurisprudência acima mencionada, sendo determinante para o deslinde de controvérsia, como a dos autos, o relevo do bem jurídico tutelado diante da específica situação cuidada.¹⁰⁰

O recente entendimento trazido pela Corte Superior reforça a ideia de que há a possibilidade de se reconhecer a insignificância da conduta, mesmo em se tratando de delito de mera conduta, como o caso do delito de posse de arma.

Para concluir o raciocínio, tem-se as ideias sustentadas por Luiz Flávio Gomes, marco teórico deste trabalho de conclusão de curso:

Sustentamos a possibilidade de incidência do princípio da “insignificância” em relação à posse ilegal de arma de fogo em residência, desde que a arma esteja devidamente guardada caso em que o nível de perigo é ínfimo. Na atualidade, esse princípio pode ser aplicado em relação ao art. 12 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03) assim como ao verbo possuir (do art. 16). Ambos centrados no verbo possuir, punem a conduta de ter sob guarda arma de fogo em residência ou empresa (no que diz respeito ao seu titular. Esse, aliás, é o sentido do verbo possuir, que não se confunde com o verbo portar. (...)) De acordo como o nosso ponto de vista a realização “formal” de um tipo penal nem sempre implica a conclusão implacável da sua concretização material. O princípio do *nullum crimen sine injuria* significa não só que não há crime sem lesão ou perigo real de lesão ao bem jurídico protegido, senão também que, em casos de lesão escassa ou potencialidade lesiva ínfima, não se justifica a intervenção penal. Uma infração, ainda que formalmente típica, desde que apresente uma lesão ou potencialidade lesiva mínima, insignificante ou quase nula, não deve ser sancionada penalmente, porque resultaria totalmente desproporcional a consequência jurídica cominada.¹⁰¹

Luiz Flávio Gomes é enfático e também reforça que inexistente crime se não há ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 133.984 (685). ORIGEM : RESP - 1469322 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROCED. : MINAS GERAIS. RELATORA: MIN. CARMEN LÚCIA.** Julgamento em 17/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11076549>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 128-129.

Se o armamento não ostenta imediato poder lesivo, nos casos de arma desmuniada ou desmontada, a conduta é materialmente atípica. Em outras palavras, não há crime.

O direito penal, conforme estudo promovido neste trabalho monográfico, tem caráter subsidiário, devendo-se ocupar apenas de condutas realmente desajustadas e juridicamente relevantes, promovendo a estabilização das relações sociais quando, efetivamente, atingidos os bens jurídicos da mais alta relevância para a sociedade.

Em um Estado Democrático de Direito, cujo um dos fundamentos é a dignidade da pessoa humana - art. 1º, inciso III da Constituição da República, o direito penal não pode se ocupar dos chamados crimes de bagatela.

Guilherme de Souza Nucci explica “que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como ultima ratio no sistema punitivo, não deve se ocupar de bagatelas”¹⁰².

Destarte, conclui-se ser possível o reconhecimento de infração bagatelar quando tratamos dos crimes de posse ilegal de arma de fogo.

¹⁰² NUCCI. Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.193.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a confecção do presente trabalho monográfico, verifica-se que apesar da controvérsia acerca da possibilidade de se aplicar a insignificância ao crime de posse de arma, há a necessidade de se entender como possível a aplicação do princípio em estudo com o fim de se promover a mais lúdima justiça em determinados casos.

Embora não tenha previsão legal, o princípio da insignificância tem sido aplicado pela jurisprudência como causa supra legal de excludente de tipicidade, excluindo-se crimes de diversas naturezas quando presentes alguns requisitos, tais como mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No entanto, quanto aos delitos previstos na Lei nº 10.826/03, a jurisprudência majoritária tem rejeitado a atipicidade da conduta, agarrando-se à fria assertiva do crime de mera conduta e perigo abstrato.

Conforme estudo promovido, para a conduta de manutenção de arma sob guarda, posse de armas, quando o armamento está desmuniado e em local de difícil acesso, não há que se falar em ofensividade à paz social e à incolumidade pública.

Trata-se de conduta atípica sob o manto do princípio da insignificância, vez que tal conduta não lesa aos objetos jurídicos tutelados pela norma penal incriminadora, sendo eles a segurança e paz públicas.

Não se pode aceitar, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, que a incriminação da conduta, restrito ao delito de posse de arma, se dê por presunção do risco gerado à incolumidade pública, sem a necessidade de verificar, em cada caso, se houve ou não risco concreto.

O cenário político vivido denota o crescente número de crimes abomináveis que vem sendo praticados e nenhuma providência é tomada. O direito deve ocupar-se dessas condutas, que são realmente relevantes.

Assim, conclui-se que o princípio da insignificância deve sim ser aplicado ao crime de posse de arma, por ser medida de inteira justiça e não ferir os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei 10.826/03**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm. Acesso em 18 de abril de 2017.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso 05 de abril de 2017.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10 de agosto de 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 01/11/2017. Acesso em 20 de outubro de 2017.

BRASIL. TJMG . **Apelação Criminal 1.0713.15.008370-5/001**. Relator: Des. Júlio Cezar Guttierrez. 4ª CÂMARA CRIMINAL. julgamento em 22/02/2017. publicação da súmula em 06/03/2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=15&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=pose%20armas%20e%20m%EDnima%20ofensividade%20e%20insignific%20ancia&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20ancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 18 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 10071120031761001**. Relator: Desembargador Júlio César Lorens. Julgado em: 18/03/2014. Data de Publicação: 24/03/2014.

Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119541654/apelacao-criminal-apr-10071120031761001-mg>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

BRASIL. TJ-RO. **APL: 00050191320148220000 RO 0005019-13.2014.822.0000**. Relator: Desembargadora Ivanira Feitosa Borges. Data de Julgamento: 12/06/2014. 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 23/06/2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Ofensividade+insignificante>. Acesso em 19 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal n. 00230137220108260068**. 8ª Câmara de Direito Criminal. Relator Des: Alcides Malossi Junior. Data de Julgamento: 25/02/2016. Data de Publicação: 29/02/2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310164961/apelacao-apl-230137220108260068-sp-0023013-7220108260068>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Apelação Criminal nº 00002150820108220011**. Relatora: Desembargadora Ivanira Feitosa Borges. Data de Julgamento: 19/04/2011. 1ª Câmara Criminal. Data de Publicação: 28/04/2011. Disponível em: <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295497852/apelacao-apl-2150820108220011-ro-0000215-0820108220011>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Apelação Criminal nº 00020204720118220015**. Relator: Desembargadora Ivanira Feitosa Borges. Data de Julgamento: 22/03/2012, 1ª Câmara Criminal. Data de Publicação: 29/03/2012. Disponível em: <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295543706/apelacao-apl-20204720118220015-ro-0002020-4720118220015>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 133.984 (685)**. ORIGEM : RESP - 1469322 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROCED. : MINAS GERAIS. RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento em 17/05/2016.

Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11076549>.
Acesso em 06 de novembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 81057/SP**. Relator Ministro Sepúlveda Pertença. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102762>. Acesso em 18 de novembro de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquematizado - Parte Geral**. vol I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal – Introdução e princípios fundamentais**. vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Sinopse Direito Penal – Parte Geral**. vol 7. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. vol I. Niterói: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.00/95**: juizados especiais criminais e jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MASSON. Cleber. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7. ed. Vol 2. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. vol 17. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. **Direito Penal: Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SEMER, Marcelo. **Princípios Penais no Estado Democrático**. 1. ed, São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.