

ANA ALICE PEREIRA RAMOS

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA SOB A ÓTICA DO DIREITO
PENAL MÍNIMO**

FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI

TEÓFILO OTONI - MG

2015

ANA ALICE PEREIRA RAMOS

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA SOB A ÓTICA DO DIREITO
PENAL MÍNIMO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Igor Alves Noberto Soares

FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI

TEÓFILO OTONI - MG

2015

“A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade”

Cesare Beccaria



FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI

NÚCLEO DE TCC / CURSO DE DIREITO

Reconhecido pela Portaria 321 de 28/12/2012 - MEC

FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada: *Princípio da Insignificância sob a ótica do Direito Penal Mínimo,*

elaborada pela aluna Ana Alice Pereira ^{Ramos} ~~de Souza,~~

foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

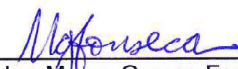
Teófilo Otoni, 24 de novembro de 2015



Professor Orientador: Igor Alves Noberto Soares



Professor Examinador: Roberto Metzker Colares Pacheco



Professor Examinador: Mauro Gomes Fonseca

Dedico a todos que de alguma forma tenham
me incentivado a viver!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a minha família, aos amigos, aos professores, colegas de trabalho e da faculdade, enfim a todos que me incentivaram e orientaram na realização deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia jurídica intitulada “O Princípio da Insignificância sob a ótica do Direito Penal Mínimo”, concentra-se na área do Direito Penal e apresenta breves apontamentos de bases constitucionais. O objetivo principal é discutir e indagar o modelo funcionalista da política criminal do ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase a aplicabilidade do princípio da insignificância e do direito penal mínimo ao caso concreto, como meios de evitar o excesso de aplicação do direito penal. Os procedimentos metodológicos norteadores dessa monografia foram de cunho teórico científico e se mostra na forma descritiva e explicativa do assunto pesquisado qual seja o princípio da insignificância sob a ótica do direito penal mínimo, dando enfoque teórico e crítico a maneira como vem sendo abordado pelos doutrinadores atualmente e sua aplicabilidade dentro do ordenamento jurídico pátrio. Concluindo um raciocínio lógico acerca da interação existente entre os dois grandes institutos norteadores desse projeto quais sejam, o princípio da insignificância dentro do universo jurídico, abordando a teoria do direito penal mínimo.

Palavras-chave: Penal; Princípio da Insignificância; Minimalismo Penal; Dignidade da Pessoa Humana.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	8
1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONCEITO	10
1.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DIREITO PENAL MÍNIMO.....	10
1.2 FINALIDADE E APLICABILIDADE PRÁTICA.....	13
1.3 EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	14
2 TEORIA DO CRIME	17
2.1 CONCEITO DE CRIME.....	17
2.2 TIPICIDADE PENAL.....	18
2.2.1 Tipicidade material e conglobante.....	20
2.2.2 Excludentes de tipicidade.....	21
3 PRINCÍPIOS CORRELATOS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	23
3.1 FRAGMENTARIEDADE.....	23
3.2 SUBSIDIARIEDADE E INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	24
3.3 PROPORCIONALIDADE.....	25
4 POSTULADOS E TEORIAS	27
4.1 SISTEMA FUNCIONALISTA PENAL RADICAL EM GUNTHER JAKOBS.....	28
4.2 FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN.....	29
5 BASES JURISPRUDENCIAIS E CONSTITUCIONAIS	33
5.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	33
5.2 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA SEGUNDO O STF E O STJ.....	34
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem como objeto de estudo a discussão, indagação e críticas sobre o modelo penal-funcionalista brasileiro, em que pese sobre a mínima aplicabilidade do princípio da insignificância no caso concreto. O Princípio da Insignificância tem como objetivo principal estabelecer limites para a tipificação penal. A tipicidade de uma conduta não deve ser feita apenas sob o ponto de vista formal, ou seja, não deve observar apenas a subsunção da conduta à descrição legal de crime, deve ser entendida perante a análise não só da tipicidade formal, mas também da tipicidade material, ou seja, deverá levar em consideração a relevância do bem jurídico atingido no caso concreto.

A monografia é de cunho científico e baseia-se no estudo e pesquisa de forma teórica e prática sendo que, o que se avalia nesta monografia correlacionada à atualidade é como o Princípio da Insignificância deveria ser efetivamente aplicado, baseando-se na doutrina e jurisprudência, para evitar o excesso de aplicação do direito penal, abrangendo também a base do nosso ordenamento jurídico que é o direito constitucional (Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e garantias e direitos fundamentais).

A presente monografia será dividida em cinco capítulos. O primeiro intitulado por “Antecedentes Históricos e conceito” que descreve como surgiu o Princípio da Insignificância e a idéia de Direito Penal Mínimo, sua finalidade e aplicabilidade prática e a evolução do direito penal brasileiro.

O Segundo capítulo cujo título é, “Teoria do Crime”, que trata do conceito de crime e sobre a tipicidade penal.

O terceiro capítulo, “Princípios correlatos ao Princípio da Insignificância” é destinado a discorrer sobre os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade e intervenção mínima.

Já no quarto capítulo “Postulados e teorias”, será traçado um paralelo entre a teoria do funcionalismo penal radical de Gunther Jakobs e o funcionalismo teleológico de Claus Roxin.

E, por fim, o quinto capítulo “Bases constitucionais e jurisprudenciais do Princípio da Insignificância”, que esclarece como o princípio da insignificância está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Traz alguns exemplos de como vem sendo aplicado pela jurisprudência pátria.

Abordando como temática principal o uso demasiado do direito penal, pelo judiciário brasileiro, que vem trazendo problemas sociais gravíssimos, como por exemplo, o crescimento nunca visto antes da população carcerária, que se apresenta em péssimas condições estruturais e sociais. Infringindo assim, o princípio constitucional basilar do Direito que é a dignidade da pessoa humana, nesse sentido a que se questionar se o Estado brasileiro está mais preocupado em garantir a efetivação dos direitos fundamentais que lhe são pertinentes, ou em, punir demasiadamente os cidadãos envolvidos em questões jurídicas penais irrelevantes.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONCEITO

1.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DIREITO PENAL MÍNIMO

No que concerne à origem do Princípio da Insignificância pode-se afirmar que:

formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma *mínima non curat praeter*, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetam infinitamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em casos de danos de pouca importância ou quando afete infindamente a um bem jurídico-penal.¹

De acordo, com o brocardo romano *mínima non curat praeter*, não é função do pretor cuidar dos delitos bagatelares, pois só deve ocupar-se das lesões significativas, as quais são capazes de comprometer a paz e a ordem da sociedade.

De acordo com o Princípio da Insignificância, sendo a lesão insignificante não há necessidade da intervenção do Direito Penal e, conseqüentemente, da incidência de suas graves reprimendas, pois tal princípio exclui a tipicidade material do delito.

Sendo assim, pode-se afirmar que o Princípio da Insignificância funciona como um mensurador da tipicidade material, na medida em que permite a atuação do Direito Penal apenas diante de condutas que afrontem materialmente o bem jurídico protegido. Por vez, Maurício Ribeiro Lopes apesar de não negar a existência da máxima latina *mínima non curat praetor*, não concorda com a origem romana do Princípio da Insignificância. Neste sentido, afirma o insigne doutrinador que:

O Princípio da Insignificância teve origem, juntamente com o princípio da legalidade, durante o Iluminismo, como forma de restrição do poder

¹ PRADO, 2015, p. 127.

absolutista do Estado. Segundo o autor, “a Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789, em seu artigo 5º, implicitamente, consigna o Princípio da Insignificância, mostrando que a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade, o que evidencia o desprezo às ações insignificantes.”²

Em que pese o entendimento consignado por este doutrinador, é praticamente pacífico, no âmago da doutrina majoritária, que o Princípio da Insignificância brota do brocardo *mínima non curat praetor*.

Ressalta-se, contudo, que apesar do Princípio da Insignificância ter em sua origem um viés diretamente relacionado com a patrimonialidade lesada, com o passar do tempo teve o reconhecimento de seu campo de incidência ampliado consideravelmente, devendo ser analisado, sobretudo, diante das circunstâncias do caso concreto e não necessariamente associado aos crimes de natureza patrimonial. A este respeito Cássio Lazzari Prestes, afirma que:

Com efeito, o princípio da insignificância é um princípio geral e ordenador do Direito Penal incidindo sobre todas as normas de cunho penal, e não somente sobre aquelas com características patrimoniais. Cunhá-lo, com base na patrimonialidade, é amputar uma grande parcela de sua aplicabilidade esvaziando-o quase que por completo.³

Apesar da origem alemã, o Princípio da Insignificância rapidamente ganhou espaço no ordenamento jurídico brasileiro, sendo atualmente aceito de forma majoritária tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *phatos* ético da pena. É indispensável que o fato tenha acarretado uma ofensa de certa magnitude ao bem jurídico protegido para que se possa concluir por um juízo positivo de tipicidade. Com base em um enfoque de modernização da Justiça Criminal, ou seja, adequação da justiça a segurança dos valores da sociedade.

Francisco Assis Toledo foi o primeiro doutrinador brasileiro a tratar do mencionado princípio, *in verbis*:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o

¹ LOPES, 2000, p. 46.

³ PRESTES, 2003, p. 114.

dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do artigo 334, parágrafo 1º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do artigo 312 não pode ser dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia dos artigos 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem conseqüências palpáveis; e assim por diante.⁴

Outros autores brasileiros se dedicaram ao estudo do Princípio da Insignificância, tais como: Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Rogério Greco, Carlos Vico Mañas, Odone Sanguiné, Luiz Flávio Gomes, Diomar Ackel Filho, Ivan Luiz da Silva, dentre outros.

Como bem esclarece Mirabete:

A excludente da tipicidade (do injusto) pelo princípio da insignificância (ou bagatela), que a doutrina e a jurisprudência vem admitindo, não esta inserta na lei brasileira, mas é aceita por analogia, ou interpretação interativa, deste que não *contra legem*. Não há como confundir, por exemplo, pequeno valor da coisa subtraída com valor insignificante ou ínfimo, no primeiro caso há somente um abrandamento da pena, no segundo há exclusão de tipicidade.⁵

A doutrina internacional também se debruçou no estudo deste princípio, sendo que autores como, por exemplo, Claus Roxin, Eugênio Raul Zaffaroni, Sainz Cantero e Juan Bastos Ramirez deram grande contribuição na elucidação do Princípio da Insignificância.

Não há como deixar de traçar um vínculo entre esse princípio e o Direito Penal Mínimo, guiado pelo seu caráter fragmentário e subsidiário. Falar em intervenção mínima do Direito Penal nada mais é do que defender a aplicação do princípio da insignificância no ordenamento jurídico como uma construção dogmática, com base em conclusões de ordem político-criminal, que procuram solucionar situações de injustiça provenientes da falta de relação entre a conduta reprovada e a pena aplicável. A própria idéia da existência do direito penal faz presumir a necessidade de aplicação do princípio da insignificância, pois tem como finalidade aquele de proteger os bens jurídicos tutelados como indispensáveis ao

⁴ TOLEDO, 1982, p. 133.

⁵ MIRABETE, 2015, p. 102

convívio em sociedade, temos que, inexistindo ofensa, ou sendo irrelevante, que por sinal é a mesma coisa, ter-se-á por prescindível a intervenção penal. O direito penal deve ser acionado como ultimo e único mecanismo de proteção dos bens jurídicos mais importantes.

1.2 FINALIDADE E APLICABILIDADE PRÁTICA

Por meio desse princípio geral do Direito Penal - princípio da insignificância- permite-se, na maioria dos tipos, excluir, desde logo, danos de pouca monta, partindo-se da afirmação de que uma conduta somente pode ser coibida por meio de uma pena quando resulta de todo incompatível com os pressupostos de uma vida pacífica, livre e materialmente assegurada.

De acordo com Mirabete:

Sendo o crime uma ofensa a um interesse dirigido a um bem jurídico relevante, preocupa-se a doutrina em estabelecer um princípio para excluir do direito penal certas lesões insignificantes. Claus Roxin propôs o chamado princípio da insignificância, que permite na maioria dos tipos excluir, em princípio, os danos de pouca importância. Não há crime de dano ou de furto quando a coisa alheia não tem qualquer significação para o proprietário, não existe contrabando na posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, que não cause uma lesão de certa expressão para o fisco; não há peculato quando o servidor se apropria de ninharias do Estado; não há crime contra a honra quando não se afeta significativamente a dignidade, a reputação a honra de outrem; não há lesão corporal em pequenos danos à integridade física.⁶

Evidencia-se, desse modo, que o princípio da insignificância atua como base de sustentação de um Direito Penal Mínimo, pois falar em insignificância é falar em princípio da lesividade, em última ratio do Direito Penal, em seu caráter fragmentário e subsidiário, no garantismo penal tão difundido no âmbito penal.

Vale ressaltar ainda que o princípio da insignificância no direito penal atua como fundamento a intervenção mínima e com finalidade a estabelecer uma adequada proporção entre o delito e a pena, o que se pode deduzir da parte final do art. 59 do Código Penal "[...] conforme seja necessário e suficiente para a

⁶ MIRABETE, 2015, p. 101-102.

reprovação e a prevenção do crime"⁷, conforme explicita a Lei n°7.209, de 11 de julho de 1984.

Segundo Zaffaroni, citado na obra de Manas:

Outro fundamento do princípio da insignificância reside na idéia da proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do bem. Nos casos de ínfima afetação ao bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que não subsiste qualquer razão para a imposição da reprimenda. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.⁸

A efetiva aplicação do princípio da insignificância auxilia na tarefa de diminuir ao máximo o campo de atuação do direito penal, reafirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, reservando-o para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis.

1.3 EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

No período colonial, estiveram em vigor no Brasil as Ordenações Afonsinas (até 1.512) e Manoelinas (até 1.569). Posteriormente substituídas pelas Ordenações Filipinas. Proclamada a independência, o imperador D. Pedro I abriu solenemente os trabalhos da Assembléia Nacional Legislativa Constituinte, com objetivo de criar a Constituição do Estado de 1824, que foi outorgada nesse mesmo ano. Em 1830 surge o Código Criminal do Império do Brasil, marcado pelo pensamento contratualista, da Revolução francesa, que segundo Mirabete:

Fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de 14 anos. A pena de morte, a ser executada pela força, só foi aceita após acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes pelos escravos.⁹

Sobre a avaliação geral da legislação do século XIX, Zaffaroni, conclui:

O panorama geral da legislação penal do século XIX reflete momentos políticos sumamente diferenciados, e inaugura o claro paralelismo que se

⁷ BRASIL, CÓDIGO PENAL, 1984.

⁸ MANAS, 1994, p. 84.

⁹ MIRABETE, 2015, p. 23.

estabelece entre a política criminal e a política geral, que caracteriza a história legislativa penal do Brasil até o presente momento. O século inicia-se com uma legislação de cunho liberal pragmático que corresponde a um despotismo ilustrado, e culmina com uma orientação liberal clássica, que foi atacada pelo positivismo. Apresenta um panorama legislativo tão claro que pode-se afirmar que constitui um verdadeiro paraíso para qualquer estudioso na ideologia penal.¹⁰

Com a proclamação da República foi editado em 1890 o novo estatuto básico, agora com a denominação de Código Penal, ele foi alvo de duras críticas, afirmam os doutrinadores, as falhas eram pelo fato de ter sido elaborado às pressas. O novo código aboliu a pena de morte e instalou o regime penitenciário de caráter correccional, o que mostrou ser um avanço na legislação penal. No entanto, o código era mal sistematizado e, por isso, foi modificado várias vezes por inúmeras leis até que, dada a confusão gerada pelos novos diplomas legais, foram reunidas na Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto nº 22.213 em 1932.

Sobre o Código Penal em vigor, Mirabete afirma que:

teve origem com o projeto de Alcântara Machado, e foi submetido a comissão revisora composta por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira. É uma legislação eclética, em que se aceitam os postulados das escolas Clássicas e Positivista, aproveitando-se, em regra, do que havia de melhor nas legislações modernas de orientação liberal, em especial nos códigos italiano e suíço. Seus princípios básicos são a adoção do dualismo culpabilidade-pena e periculosidade-medida de segurança, a consideração a respeito da personalidade do criminoso e a aceitação excepcional da responsabilidade objetiva.¹¹

Sobre a reforma de 1984, trouxe grandes mudanças, pois houve uma reforma de toda a parte geral do Código Penal, apoiando-se no princípio de *nullum crimen sine culpa* e na idéia de reformulação do elenco tradicional das penas. Adota-se a distinção entre erro de tipo e erro de proibição como excludentes de culpabilidade, exclui-se a responsabilidade objetiva e passou a qualificar os crimes pelo resultado, na reformulação do capítulo referente ao concurso de agentes, há a extinção da divisão entre penas principais e penas acessórias e a criação das penas alternativas para crimes de menor gravidade, houve a criação da multa reparatória, o abandono do sistema duplo-binário das medidas de segurança e a exclusão da presunção de periculosidade.

¹⁰ ZAFFARONI, 2001. p. 220.

¹¹ MIRABETE, 2015, p. 24.

O atual Código Penal está dividido em duas partes: geral (artigos 1º a 120) destinada a edição das normas que vão orientar o intérprete quando da verificação da ocorrência da infração penal, conceitos fundamentais à existência do delito, através da conduta do agente, (culpa ou dolo), bem como o nexo de causalidade entre conduta e resultado, dispõe também sobre causas que excluem o crime, regras sobre a execução de pena, esclarece sobre as medidas de segurança, sobre infrações praticadas por inimputáveis, enumera causas de extinção da punibilidade, enfim ocupa-se de regras que são aplicadas ao próprio código penal e a legislação extravagante penal. A parte especial (artigos 121 a 361), é destinada precipuamente a definir os delitos e a cominar as penas aplicáveis a cada tipo penal.

2 TEORIA DO CRIME

2.1 CONCEITO DE CRIME

Vários são os conceitos dispersos nas doutrinas existentes para tentar definir o que é crime, diversificando conforme as escolas e conforme o resultado da evolução histórica do Direito Penal. Nosso atual Código Penal não nos fornece um conceito de crime, sendo eminentemente jurídico o conceito atribuído, destaca-se porem a análise de três conceitos mais difundidos entre a doutrina pátria que são o formal, material e analítico.

Conforme o conceito de Bettioli citado por Greco:

Duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime *sub espécie iuris*, no sentido de considerar o crime “todo fato humano, proibido pela lei penal”. A segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando crime “todo fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade.”¹²

Neste caso o conceito formal de crime seria toda e qualquer conduta que fosse contra a lei penal do Estado, no aspecto material o conceito seria toda conduta que violasse os bens jurídicos mais importantes. Tais conceitos não traduzem com precisão o que seja crime, pois não conseguem defini-lo.

Sobre o conceito analítico de crime segundo Assis Toledo:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porem, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a por à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do

¹² GRECO, 2008, p. 140.

conceito de crime. E dentre as varias definições analíticas que tem sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.¹³

Segundo Roxin, citado por Greco:

Quase todas as teorias do delito até hoje construídas são sistemas de elementos, isto é, elas dissecam o comportamento delitivo em um numero de diferentes elementos (objetivos, subjetivos, normativos, descritivos, etc.), que são posicionados nos diversos estratos da construção do crime, constituindo algo como um mosaico do quadro legislativo do fato punível. Esta forma de preceder acaba levando a que se votem grandes esforços à questão sobre que posicionamento no sistema do delito deve ocupar esta ou aquela elementar do crime; pode-se descrever a história da teoria do delito nas últimas décadas como uma migração de elementares dos delitos entre diferentes andares do sistema.¹⁴

Conclui-se, do entendimento dos doutrinadores que seguem o mesmo pensamento de Assis Toledo e Claus Roxin que, o crime é composto pela ação típica, ilícita e culpável, sendo este seu conceito analítico, ressalte-se, é o conceito da corrente majoritária.

2.2 TIPICIDADE PENAL

Através do Ordenamento Jurídico, o Estado pretende sancionar com penas as condutas ditas intoleráveis para a vida harmônica em sociedade, tutelando os bens jurídicos fundamentais mais importantes, nesse contexto criou-se leis para especificar exatamente os fatos que são proibidos sob ameaça de sanção penal, ou seja, as condutas que são consideradas crimes ou tipos penais.

Sobre o significado da expressão tipo, esclarece Zaffaroni¹⁵, que o termo tipo exprime a idéia de “modelo”, “esquema” e é uma figura puramente conceitual. Tipo é no dizer de Welzel, à descrição concreta da conduta proibida, ou seja, do conteúdo ou da matéria da norma.

¹³ TOLEDO, 1984, p. 80.

¹⁴ GRECO, 2008, p. 143.

¹⁵ ZAFFARONI, 2001, p. 444.

A adequação da conduta praticada pelo agente ao tipo penal previsto na lei faz surgir à tipicidade formal ou legal, porém essa adequação precisa ser perfeita, como bem esclarece Greco:

Quando afirmamos que só haverá tipicidade se existir adequação perfeita da conduta do agente ao modelo em abstrato previsto na lei penal (tipo), estamos querendo dizer que, por mais que se pareça a conduta levada a efeito pelo agente com aquela descrita no tipo penal, se não houver um encaixe perfeito, não se pode falar em tipicidade. Assim, a exemplo do art. 155 do Código Penal, aquele que simplesmente subtrai coisa alheia móvel não com o fim de tê-la para si ou para outrem, mas sim com a intenção de usá-la, não comete o crime de furto, uma vez que no tipo penal em tela não existe a previsão dessa conduta, não sendo punível, portanto, o “furto de uso”.¹⁶

Porém o estudo da tipicidade observando apenas o seu aspecto formal cria obstáculos intransponíveis ao verdadeiro entendimento do que seria a função da norma, tendo como função exclusiva de ditar a conduta proibida ou permissiva, o que esvazia o conteúdo normativo do tipo, passando a confundir o mesmo com a própria norma.

De acordo com o pensamento de Kant, sob uma ótica valorativa e axiológica, busca-se preencher o esvaziado conteúdo do tipo, propiciando, através de uma estrutura penal mais apurada, avaliar o impacto social de sua inserção e aplicação, verificando-se a tipicidade material com a mesma importância da tipicidade formal, por apoiar a ideia de danosidade social.

Ressalte-se, fazendo com que o princípio da legalidade deixe de ser compreendido em sentido estrito para ser analisado como uma razão de garantia, um limite da descrição típica, uma verdadeira limitação do delito. Nesse desdobramento, o Princípio da Insignificância configura uma verdadeira espécie de excludente da tipicidade, o que impediria a configuração do Injusto Penal e afastaria a aplicação de qualquer sanção.

Sendo o fato atípico, não há que se preocupar com os conteúdos específicos dos outros dois elementos estruturais do conceito de crime, a saber, ilicitude e culpabilidade, visto que se estaria desobedecendo à ordenação sistemática, o caráter seqüencial do sistema, a própria ordem estrutural do método analítico e do conceito, a lógica da anteposição e da subordinação, subvertendo, assim, todo o

¹⁶ GRECO, 2008, p. 156.

esforço garantístico da construção da teoria geral do delito, culminando na insegurança jurídica.

De acordo com os ensinamentos de Baptista:

Para a aplicação do princípio da insignificância não se tem como analisar o conteúdo da culpabilidade do agente se a conduta não foi sequer típica. Determinado que o fato é atípico, pouco importa, para o deslinde da questão, a personalidade do réu (artigo 59, CP), inclusive porque, no momento da tipicidade, o Direito Penal é um direito do ato e não do autor.¹⁷

A insignificância do delito é causa excludente da tipicidade, o que não influencia nas demais esferas da sistematização do delito; ou seja, uma conduta insignificante, vazia de resultado socialmente danoso, é atípica, pois lhe falta tipicidade material, apesar de uma aparente tipicidade formal.

2.2.1 Tipicidade Material e Conglobante

A tipicidade material está intimamente ligada à relevância da lesão ou perigo de lesão que a conduta do agente causou ao bem jurídico tutelado, observa-se portanto a seleção dos bens que, por meio de um critério político, reputou como os de maior importância, sendo que cabe ao intérprete da lei delimitar o âmbito de sua abrangência. Rogério Greco cita como exemplo, uma pessoa, de forma extremamente imprudente, ao fazer uma manobra em seu automóvel, acaba por encostar na perna de um pedestre que por ali passava, causando-lhe um pequeno arranhão de meio centímetro. Em análise do fato, nota-se que a conduta foi culposa; houve um resultado; há nexo de causalidade e há tipicidade formal prevendo essa conduta, muito embora a integridade física seja importante a ponto de ser protegida pelo Direito Penal, nem toda e qualquer lesão estará abrangida pelo tipo penal. Assim pelo critério da tipicidade material afere-se a importância do bem diante do caso concreto.

Conforme bem descreve Miguel Reale Júnior,

¹⁷ BAPTISTA, 1996, p. 150.

Von Liszt lançou, por primeiro, nas 12^a e 13^a edições de seu trabalho, a distinção entre o que é formal e o que é materialmente antijurídico. No seu entender, um fato seria formalmente antijurídico enquanto contrario a uma proibição legal, e materialmente antijurídico por implicar na lesão ou perigo a um bem jurídico, ou seja, formalmente, a antijuridicidade se caracteriza como desrespeito a uma norma, a uma proibição da ordem jurídica; materialmente, como ataque a interesses vitais de particulares e da coletividade protegidos pelas normas estatuídas pelo legislador.¹⁸

Adentrando no estudo da tipicidade conglobante, podemos concluir primeiramente que a conduta praticada é antinormativa ou antijurídica, isso é contraria a norma penal, não imposta e não fomentada por ela, quando dentro de um mesmo ordenamento jurídico coexistissem uma norma que autoriza um comportamento e outra que proibi esse mesmo comportamento. Tais antinomias devem ser solucionadas pelo próprio ordenamento jurídico.

Dessa forma, para que se possa falar em tipicidade penal é extremamente necessário haver a fusão da tipicidade formal com a tipicidade conglobante que é formada pela antinormatividade e pela tipicidade material.

2.2.2 Excludente de tipicidade

Haverá excludente de tipicidade nos seguintes casos, na aplicação da coação física absoluta; na aplicação do principio da insignificância e na aplicação do principio da adequação social.

Sendo que, na coação física absoluta não há ação por parte do coagido, deve observar-se o caráter de coação irresistível, não havendo assim voluntariedade no comportamento do coagido. Deixando nesses termos de haver conduta elemento indispensável para caracterização do crime.

Na aplicação do Principio da Insignificância, deve ser observada a materialidade do delito, se o fato é relevante ou não para a esfera penal. O Principio da Insignificância penal não deve ser estudado sob a ótica das causas de exclusão de antijuridicidade e sim sob a ótica da tipicidade material. Tal principio prevê que o direito penal só deve ser usado quando a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico

¹⁸ REALE JUNIOR, 2002, p. 91.

restar significativa. De acordo com Julio Fabbrini Mirabete (2015), “para alguns, doutrinadores o princípio da insignificância é uma espécie do gênero (ausência de perigosidade social), embora o fato seja típico e antijurídico, a conduta deixa de ser considerada criminosa”.

De acordo com Luiz Regis Prado,

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.¹⁹

Depreende-se do exposto acima que as condutas socialmente adequadas mesmo que tipificadas não serão punidas, se houver uma liberdade de ação social dentro de determinada sociedade, sendo que “as formas que dominam a funcionalidade da vida social não são exercícios meramente fáticos, mas ordenamentos históricos²⁰” ressalta ainda “que se aperfeiçoam e se desenvolvem no interior das relações das condições entre a objetiva existência da vida e as atitudes nas quais a comunidade responde valorando e ordenando sobre sua existência”²¹. Porém deve se observar sempre o que a Constituição Federal a Lei maior disciplina, tanto para verificar o uso quanto o desuso de algumas condutas.

¹⁹ PRADO, 2014, p. 123.

²⁰ IDEM, p. 124.

²¹ IDEM, p. 124.

3 PRINCÍPIOS CORRELATOS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3.1 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

O princípio da fragmentariedade decorre dos princípios da legalidade, da intervenção mínima e da lesividade. Tal princípio tem por base teórica o fato de que somente as condutas mais graves e mais perigosas, intentadas contra bens jurídicos relevantes, necessitam dos rigores do Direito Penal. Portanto, a fragmentariedade significa que nem todas as lesões a bens jurídicos justificam a proteção e punição pelo Direito Penal.

A este respeito vale mencionar exposição de Rogério Greco:

O caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua fragmentariedade.²²

Corroborando com o exposto, o douto professor Júlio Fabbrini Mirabete afirma o que segue:

O ordenamento positivo, pois, deve ter como excepcional a previsão de sanções penais e não se apresentar como um instrumento de satisfação de situações contingentes e particulares, muitas vezes servindo apenas a interesses políticos do momento para aplacar o clamor público exacerbado pela propaganda. Além do mais, a sanção penal estabelecida para cada delito deve ser aquela “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, evitando-se o excesso punitivo sobretudo com a utilização abusiva da pena privativa de liberdade. Essas idéias, consubstanciadas no chamado princípio da intervenção mínima, servem para inspirar o legislador, que deve buscar na realidade fática o substancial deve-ser para tornar efetiva a tutela dos bens e interesses considerados

²² GRECO, 2008, p. 65.

relevantes quando dos movimentos de criminalização, neocriminalização, descriminalização e despenalização.²³

Desta forma, pode-se afirmar que nem todos os ilícitos configuram infração penal. Sendo assim, não cabe ao Direito Penal tutelar todo bem jurídico, pois nem tudo lhe interessa. Na verdade apenas uma pequena parcela de bens merece sua proteção, quais sejam: os valores fundamentais para proteção e manutenção da sociedade.

Do exposto, pode-se concluir que o Princípio da Fragmentariedade serve de fundamento para a aplicação do Princípio da Insignificância, na medida em que este último objetiva retirar a tipicidade de condutas que tenham como resultado lesões mínimas, restringindo, desta forma, a órbita do Direito Penal.

3.2 PRINCIPIO DA SUBSIDIARIEDADE E INTERVENÇÃO MÍNIMA

O caráter subsidiário do Direito Penal, segundo o qual o Direito Penal deve funcionar como um “executor de reserva”, ou seja, só deve intervir quando os demais ramos do Direito se mostrarem insuficientes e ineficazes para a proteção da ordem pública. Analisando o caráter subsidiário do Direito Penal, Nilo Batista²⁴ afirma que “se o fim da pena é fazer justiça, se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa”.

A este respeito vale consignar doutrina de Claus Roxin:

O Direito Penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito administrativo, o Direito Penal deve retirar-se (...) conseqüentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar.²⁵

O Supremo Tribunal Federal²⁶ vem julgando nesse sentido:

²³ MIRABETE, 2015, p. 104.

²⁴ BATISTA, 1996, p. 86.

²⁵ ROXIN, 1998, p. 28.

²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 115046.

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. IMPUTAÇÃO AOS PACIENTES DA PRÁTICA DO DELITO DE EXERCÍCIO ILEGAL DE PROFISSÃO. “FLANELINHAS”. BEM JURÍDICO TUTELADO. LESÃO. **INEXPRESSIVIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE.** CRITÉRIOS OBJETIVOS. PRESENÇA. **APURAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE.** ORDEM CONCEDIDA.

I – A profissão de guardador e lavador autônomo de veículos automotores está regulamentada pela Lei 6.242/1975, que determina, em seu art. 1º, que o seu exercício “depende de registro na Delegacia Regional do Trabalho competente”.

II – Entretanto, a não observância dessa disposição legal pelos pacientes não gerou lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela norma, bem como não revelou elevado grau de reprovabilidade, razão pela qual é aplicável, à hipótese dos autos, o princípio da insignificância.

III - A aplicação do princípio da insignificância deve observar alguns vetores objetivos: (i) conduta minimamente ofensiva do agente; (ii) ausência de risco social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica.

IV – Critérios que se fazem presentes na espécie, levando ao reconhecimento do denominado crime de bagatela.

V - Como é cediço, o Direito Penal deve ocupar-se apenas de lesões relevantes aos bens jurídicos que lhe são caros, devendo atuar sempre como última medida na prevenção e repressão de delitos, ou seja, de forma subsidiária a outros instrumentos repressivos. In casu, a questão pode ser facilmente resolvida na esfera administrativa.

VI – Ordem concedida, para restabelecer a decisão que rejeitou a denúncia. (grifo nosso).

Nesse aspecto também reside o Princípio da Irrelevância Penal do Fato, o qual é causa de dispensa da pena em virtude de sua desnecessidade ao caso concreto, cabe ao aplicador do direito, julgar e analisar tais casos em que o Direito de punir do Estado seja subsidiário. Recorrendo-se ao Direito Penal apenas quando restar insuficientes todos os demais ramos do direito.

3.3 PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade legitima-se e fundamenta-se na idéia que as penas devem ser harmônicas e coesas com a gravidade do delito praticado, não havendo lugar para o exagero (proibição do excesso), nem para liberalidade excessiva na determinação das penas nos tipos penais incriminadores.

Segundo entendimento consubstanciado pelos doutrinadores, num Estado Democrático de Direito o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo é

chamado de “princípio da proibição de excesso”, o qual tem como fim proibir intervenções desnecessárias, excessivas e, conseqüentemente, desproporcionais. Desta forma mostra-se que não há justificativa adequada para que uma lei opressiva incida sobre os direitos fundamentais de forma desproporcional ao grau de lesão e relevância do bem jurídico tutelado.

Conforme Alberto Silva Franco, citado na obra de Rogério Greco, disserta sobre o princípio e afirma:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em conseqüência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade recharça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em conseqüência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, e, abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito tem de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).²⁷

Desse modo nota-se que, em decorrência do grande numero de infrações penais existentes em nosso ordenamento jurídico penal, fica cada vez mais complicado o raciocínio da proporcionalidade. Por esse motivo o legislador constituinte preocupou-se em consignar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Social Democrático de Direito (inciso III do art. 1º da Constituição Federal)²⁸.

O artigo 68 do Código Penal Brasileiro²⁹ diz que:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.
Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

De acordo com o mencionado artigo, o juiz ira dispor de meios para a correta aplicação e dosimetria da pena. Por meio do critério trifásico de aplicação adotado

²⁷ GRECO, 2008, p. 77.

²⁸ BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988.

²⁹ BRASIL, CÓDIGO PENAL, 1984.

pelo Código, forneceu ao julgador meios para que diante do caso concreto, pudesse individualizar a pena do agente de forma proporcional ao fato por ele cometido.

4 POSTULADOS E TEORIAS

4.1 SISTEMA FUNCIONALISTA PENAL RADICAL EM GUNTHER JAKOBS

Gunther Jakobs, sociólogo alemão, discípulo de Welzel, que foi o criador do funcionalismo sistêmico que sustenta que o direito penal tem a função precípua de defender e proteger a norma.

Em primeiro lugar podemos imaginar que a nomenclatura funcionalismo penal represente uma novidade para a pós moderna dogmática penal, porém isso não corresponde integralmente à verdade, vez que o funcionalismo, vem sendo objeto de várias discussões por diversos doutrinadores, ocupando lugar de destaque entre os alemães e espanhóis. Para Jakobs:

O sistema jurídico-penal idealizado por Welzel e seu discípulo Jakobs, diga-se de passagem, de grande coerência lógica, estriba-se em sólidas e definidas bases ontognoseológicas e metodológicas, com notória influência da fenomenologia. Trata-se de uma construção jurídica que tem como ponto de partida a concepção do homem como ser livre, digno e responsável, e que se encontra governada pelos valores fundamentais da segurança jurídica e da justiça substancial, porém isso não acontece na prática, por mais correta que uma pessoa seja, sempre existe a possibilidade de cometer erros e até mesmo crimes e não é por esse fato que a mesma deixara de ser pessoa humana³⁰

Ao analisar e tentar compreender a sociedade moderna, em crise e sempre promovendo novas demandas ao Direito Penal, é fundamental para a nova escola que emerge: O Funcionalismo Penal - que aponta para a existência de três ramos, o primeiro centrado nas idéias do sociólogo Roxin (1963), com o título Funcionalismo Moderno ou Moderado; o segundo é apresentado pelo sociólogo alemão Jakobs

³⁰ PEREIRA, 2002, p.1.

(2003), intitulada Funcionalismo Penal Sociológico Radical (teoria dos sistemas); e o terceiro não menos importante vem sendo apresentado Mir Puig (2007), com nome de Funcionalismo Limitado.

Cabe ressaltar que a Teoria Funcionalista penal, defendida por Jakobs, ou melhor teoria dos sistemas, vale-se da premissa de que a punição do referido agente ingressa na culpa para manter a norma penal vigente (contrato social) e orientar o sistema estabelecido como política de Direito Penal.

Conforme preleciona Luiz Regis Prado:

De fato, assim como a reprovação individual de culpabilidade encontra-se impregnada de sociabilidade na concepção de Jakobs, com mais força ainda este setor do injusto – o lado objetivo do fato –, concebido como expressão objetiva de um rompimento da norma penal, ou seja, como perturbação social, vem determinando pela interação social, em concreto, pela função que para Jakobs todo sistema de imputação penal deve cumprir em sociedade: a de possibilitar a orientação no mundo social, garantindo as expectativas de comportamento essenciais.³¹

O importante são as regras que se estabelecem a identidade funcional da sociedade, e não os bens ou situações. Na concepção de Jakobs, funcionalista extrema ou radical, a ação aparece como parte da teoria da imputação (conduta do agente-infração à norma- culpabilidade) que, por sua vez, deriva da função da pena, ou seja, busca estar determinado à função de um sistema penal, que é de proteção através da prevenção, puni-se, não pelo fato praticado, mas sim pelo agente que pratica o fato. Defende ainda que o cidadão que infringe a norma penal deve ser tratado como inimigo da sociedade, e ainda que, por não está de acordo com o ordenamento jurídico vigente, não tem os mesmos direitos e garantias que os outros cidadãos tem.

4.2 FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN E TEORIA MINIMALISTA

O funcionalismo no Direito Penal tem como premissa básica o seguinte: O Direito em geral e o Direito penal em particular, é instrumento que se destina a garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas.

³¹ PRADO, 2015, p. 276.

Do alto dos ensinamentos de um funcionalista convicto como Roxin³², extrai-se o fundamento ideológico desta teoria teleológica funcional:

O Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente cairão por terra todas às críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais, é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde o seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto.

Já no ano de 1.970, Claus Roxin publicou na Alemanha a obra *Política criminal e sistema jurídico-penal*, marco histórico na dogmática penal, a partir de então se notou, segundo parte da doutrina, uma verdadeira evolução da ciência do direito penal.³³ E ainda de acordo com Flávio Cardoso Pereira:

O sistema jurídico-penal face ao referido estudo de Roxin, presenciou o nascimento de uma corrente doutrinária denominada funcionalista ou teleológico-racional. Esta nova concepção desenvolvida pelo mestre alemão sustenta a idéia de reconstruir a teoria do delito com base em critérios político-criminais.³⁴

Buscando por fim no decadente dogma finalista, pronunciou-se Roxin ainda no ano de 1.970, no sentido de que o caminho correto só pode se deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal.

O modelo finalista é integralmente adotado pelo sistema penal brasileiro, vez que seguido pela majoritária doutrina e ainda, em razão de ter inspirado de forma direta o nosso Código Penal em sua reforma ocorrida em 1.984. Porém os legisladores ao tentarem criar normas de política-criminal, tem como base modelos utilizados em outros Estados (norte-americanos e europeus), infelizmente se estribam, pois não dão atenção para o fato de que, a cultura e formação do povo brasileiro é totalmente diferente desses outros Estados. A criação desmedida de leis tem como resultado a chamada inflação legislativa, criam-se uma infinidade de leis, porém muitas sem aplicabilidade prática nenhuma e outras até mesmo inconstitucionais. Essa inflação legislativa principalmente no campo do Direito Penal

³² ROXIN, 2002, p. 43.

³³ PEREIRA, 2015, p. 1.

³⁴ IDEM, p. 1.

é oriunda na maioria das vezes por causa do clamor público, ou seja, o Estado tenta dar uma resposta a sociedade que clama por segurança jurídica, porém acaba por criar tipos penais e leis penais para casos isolados, utilizando o direito penal apenas como símbolo de segurança e justiça.

Sobre o assunto Roxin diz:

Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão "direito penal simbólico", como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais.³⁵

Como o poder punitivo conferido ao Estado é grande, surge no universo jurídico uma doutrina criminológica de aplicação processual penal, difundida pelo douto jurista Luigi Ferrajoli, o Garantismo Penal, ou conforme outros doutrinadores o Neoclassicismo. Que defendem uma amplitude do direito à liberdade e restrições ao poder de punir do Estado. Não há que se confundir garantismo com abolicionismo, pois o movimento abolicionista busca acabar com o direito de punir do Estado, ressaltando sempre o direito a liberdade da pessoa humana e defendendo um Estado liberal. Já o Garantismo/Neoclassicismo defende e garante o direito de punir do Estado, porém o mesmo só deve utilizá-lo nos casos mais relevantes, para defender os bens jurídicos importantes. As palavras direito, privilégio, isenção, responsabilidade e segurança são verdadeiros sinônimos do vocábulo garantia, utilizado em nosso ordenamento jurídico pelo direito constitucional como prerrogativa da cidadania.

Conforme bem descreve Patricia Veloso Gusmão

Porque uma das coisas que mais fiz, faço e farei (possivelmente) é arguir prescrição, em crime de homicídio inclusive; e a prescrição – expressão máxima da falência do sistema penal - é sempre uma frustração e uma injustiça; exatamente por isso, um direito penal mínimo não significa enfraquecer o sistema penal, mas fortalecê-lo; Porque, apesar de se ocupar de um sem número de ações e omissões, a efetiva intervenção do sistema penal (ações penais, condenações, prisões etc.) é estatisticamente desprezível; Porque mais leis, mais policiais, mais juízes, mais prisões significa mais presos, mas não necessariamente menos

³⁵ ROXIN, 2002, p. 56.

delitos (Jeffery); Porque multiplicar leis penais significa apenas multiplicar violações à lei; não significa evitar crimes, mas criar outros novos (Beccaria); Porque o direito penal intervém sempre tardiamente, nas conseqüências, não nas causas dos problemas; intervém sintomatologicamente, não etiologicamente; Porque problemas estruturais demandam intervenções também estruturais e não simplesmente individuais; Porque o direito penal deve ser minimamente célere, minimamente eficaz, minimamente confiável, minimamente justo; Porque, se o direito penal é a forma mais violenta de intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos, segue-se que, como ultima ratio do controle social formal, somente deve intervir quando for absolutamente necessário; Porque a intervenção penal, por mais pronta, necessária e justa, é sempre tardia e incapaz de restaurar a auto-estima ou atenuar o sofrimento das vítimas; é uma intervenção traumática, cirúrgica e negativa (García-Pablos); e prevenir é sempre melhor que remediar; Porque, por vezes, a pretexto de combater a criminalidade, o direito penal acaba estimulando a própria criminalidade, atuando de modo contraproducente, especialmente nos chamados crimes sem vítima (contravenção do jogo do bicho, exploração da prostituição de adultos, tráfico de droga etc.); Porque não existe prova alguma de que o direito penal evite novos crimes, seja em caráter geral, seja em caráter individual (ressocialização), de sorte que prevenção geral e especial têm mais a ver com crenças, mitos e fantasias do que com ciência; Porque, a pretexto de combater violência, o direito penal, que também é violência, acaba gerando mais violência, nem sempre legítima; não raro é um só pretexto para a violação sistemática de direitos humanos; Porque o direito penal, assentado que está sobre uma estrutura social profundamente desigual, seleciona sua clientela, inevitavelmente, entre os setores mais pobres e vulneráveis da população; punir os chamados criminosos do colarinho branco, além de ser exceção a confirmar a regra, é só uma tentativa (quixotesca) de atenuar o nosso mal-estar, como se fosse possível, por meio da intervenção penal, inverter a lógica funcional do modelo capitalista de produção; Porque uma boa política social ainda é a melhor política criminal (Franz von Liszt).³⁶

A teoria do Direito Penal Mínimo vem ganhando aderência entre os doutrinadores brasileiros, porém a sociedade brasileira ainda está sendo enganada e convencida pela política legislativa corrupta, e também pela mídia a acreditar que a justiça e a segurança jurídica são mantidas através do simbolismo penal e inflação legislativa. De acordo com Luiz Regis Prado (2015), percebe-se que “o uso excessivo das sanções penais não garantem maior proteção e condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa”.

³⁶ GUSMÃO, 2005, p.1.

5. BASES JURISPRUDENCIAIS E CONSTITUCIONAIS

5.1. PRINCIPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição estabelece como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, artigo 1º. III, dispondo ainda expressamente, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades individuais” (artigo 5º, XLI, CF)³⁷, e também que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” e que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (artigo, 5º, XLIX, CF)³⁸.

A ligação entre insignificância e dignidade da pessoa humana resta clara quando ocorre a não observância/aplicação da insignificância e a tipificação de condutas irrelevantes para o campo penal. Na fase de cumprimento de pena na grande maioria dos casos acaba por infringir a dignidade da pessoa humana, cerceando um direito fundamental em decorrência de uma interpretação restritiva da norma.

O debate geral sobre o papel da norma, do problema e do intérprete encontra no princípio da insignificância uma de suas possíveis projeções no direito penal. Cuida-se de discutir, em síntese, se os fatos concretamente apurados, embora formalmente enquadráveis em um tipo penal, são graves a ponto de justificar uma sanção criminal ao agente. O problema pode ser explicado a partir das deficiências

³⁷ BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988.

³⁸ IDEM, IBIDEM

estruturais do sistema penal brasileiro. Conforme depreende-se dos dados do Conselho Nacional de Justiça citados pelo Ministro Roberto Barroso no HC 123.108:

Nesse sentido, estudo do Conselho Nacional de Justiça, coordenado pelo Conselheiro Guilherme Calmon, divulgado no início do mês de junho deste ano, atualizou os números da dura realidade do sistema prisional. Existem atualmente no Brasil 567.655 presos, em um sistema que só tem capacidade para 357.219. O déficit, portanto, chega a 210.436 vagas. O número se torna ainda mais impressionante se complementados com duas outras estatísticas: (i) existem 147.937 pessoas em prisão domiciliar, por falta de vagas no sistema aberto; e (ii) há 373.991 mandados de prisão aguardando cumprimento. Mesmo com todas essas pessoas fora do sistema, o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. Se forem computados os presos domiciliares, subimos para a terceira posição. Existe um certo paradoxo nesse cenário. A população tem uma sensação difusa de impunidade. Ainda assim, o país pune muito, com estatísticas de encarceramento crescentes. Prende muito e prende mal, segundo consenso de todos os especialistas.³⁹

Afirma ainda, “em qualquer regime republicano, o direito penal deve ter caráter igualitário, e não servir de instrumento de reforço das desigualdades”. E ressalta que “por essa razão que, no Brasil de hoje, é mais fácil prender um jovem de 18 anos que porta 100 gramas de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária”.

Não há dúvidas que o princípio da insignificância, uma vez bem entendido e aplicado, como todo princípio de direito, é um instrumento útil para a humanização do direito penal e, conseqüentemente de toda a sociedade.

5.2 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA SEGUNDO A JURISPRUDENCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O marco jurisprudencial da aplicação do princípio da insignificância foi o julgado do Supremo Tribunal Federal na matéria do HC 84.412, em que o Ministro Celso de Mello, em 19.10.2004, expos de forma analítica os fundamentos e os vetores para a aplicação do princípio da insignificância. O acusado, no caso em

³⁹ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus nº 123.108.

questão, foi processado por furtar uma fita de vídeo-game, avaliada em R\$ 25,00 (vinte e cinco reais). Por sua importância, transcrevo a ementa do referido acórdão:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – DELITO DE FURTO – em 08.12.2014. Pesquisa feita na base “acórdãos”, e utilizando como termos de busca “insignificância ou bagatela”, o que retornou 621 resultados. Ao se acrescentar o termo “furto”, obtêm-se 296 resultados: destes, todos os acórdãos foram proferidos pelas Turmas, com exceção de um do Plenário (HC 39.289, j. 08.08.1962, referido logo a seguir).

HC 123108 / MG CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE – ‘RES FURTIVA’ NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOUTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: ‘DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR’. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que 13 Cópia HC 123108 / MG produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (destaques no original)⁴⁰

As discussões em torno da aplicabilidade da Insignificância penal esta sempre em pauta, pelo fato de ainda não haver dispositivo de lei disciplinando tal postulado, a jurisprudência dos tribunais superiores, vem aplicando por analogia e o recepcionando para os crimes, tributário, fiscal, previdenciário, ambiental, e para os

⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 84412.

crimes de furto sendo o mais comum. Conforme julgado do Supremo, para o crime ambiental.

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

21/08/2012 SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 112.563 SANTA CATARINA

RELATOR :MIN. RICARDO LEWANDOWSKI REDATOR DO ACÓRDÃO
:MIN. CEZAR PELUSO PACTE.(S) :JOSÉ ALFREDO MATTOS DIAS
IMPTE.(S) :DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PROC.(A/S)(ES)
:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL COATOR(A/S)(ES) :RELATOR
DO RESP Nº 1265351 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.⁴¹

⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 112.563.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, observada a política criminal atual brasileira, que o Princípio da Insignificância, nada mais é do que uma ferramenta capaz para solucionar situações de injustiça provenientes da falta de relação entre a conduta reprovada e a pena aplicável. Tendo em vista, principalmente, que o sistema penitenciário brasileiro que encontra-se em situação degradante.

O contexto geral dessa pesquisa defende veemente a não aplicação do direito penal em condutas, que embora ilegais, resultando danos sociais ou materiais para a sociedade, são de pouca ou nenhuma relevância penal. A idéia é não acionar a máquina judiciária para tratar de questões sem danos significativos. O princípio da insignificância não está previsto na lei brasileira, porém os tribunais o aplicam, seguindo os requisitos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, que são: a mínima ofensividade da conduta, a total ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressiva lesão jurídica, todavia tais requisitos são revestidos de subjetividade. Nesse sentido a legitimidade da intervenção penal está condicionada ao fato de que o Direito penal deverá ser aplicado como último recurso de controle social e de proteção do bem jurídico. Assim, quando intervir o Direito penal, deve-se ter em mente que houve considerável necessidade de intromissão e que o bem jurídico a exigia, verificada, ainda, anteriormente, a ineficácia das outras instâncias jurídicas.

Diante das novas interpretações da norma constitucional, a exemplo das cláusulas gerais, que surgem como técnica legislativa de supressão de lacunas, podemos perceber que existe uma crescente adesão na ciência jurídica, da tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo, que o mesmo é na verdade produto da interação texto/realidade, sendo que, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizada. A exemplo disso, no direito penal o princípio da insignificância, que permite discutir os fatos concretamente apurados,

embora formalmente enquadráveis em um tipo penal, não são graves ao ponto de justificar uma sanção criminal.

Assim, a doutrina costuma apontar, como fundamentos do princípio da insignificância, alguns postulados, tais como os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da subsidiariedade e lesividade, sendo estes reconduzidos dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Com efeito, a utilização do direito penal para tratar lesões insignificantes a bens jurídicos seria inadequada, excessiva e desproporcional.

No entanto nem sempre o princípio da insignificância tem sido adotado pelo judiciário brasileiro, em muitas ocasiões encontra-se supressão do direito da dignidade da pessoa humana entre outros, em razão da não aplicação do princípio da insignificância.

Percebe-se que o sistema carcerário brasileiro encontra-se em uma situação tão calamitosa que mandar uma pessoa para esse sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, devido ao problema da super lotação. Tais deficiências fazem com que o sistema penal brasileiro seja extremamente seletivo em relação a sua clientela preferencial, importando em criminalização da pobreza e exacerbação de penas, não realizando adequadamente qualquer das funções próprias da pena criminal; não ressocializa, não previne o crime e não prevê retribuição na medida certa.

No entanto toda a sociedade democrática precisa de uma dose inevitável e proporcional de repressão penal e punição, como pressuposto da vida civilizada e da proteção dos direitos humanos de todos.

Por fim, aos aplicadores do direito vale deixar um apelo para que pensem o Direito como um conjunto de normas de condutas interdisciplinares. Para que pensem os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato como implícitos em todo o ordenamento jurídico penal, não apenas como conceitos jurisprudenciais e doutrinários; como bem apropriada a máxima escrita por Beccaria, na obra que marcou toda a evolução garantista do Direito Penal, *Dos Delitos e Das Penas: "a exata medida dos crimes é o prejuízo causado à sociedade"*.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. *Lei nº 7.209*, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm> Acesso em: 26/04/2015.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Publicada no DOU nº 191-A, de 5/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09/04/2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Volume 1. 10º edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. 2º edição. São Paulo: RT, 2000.

MANÃS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como Excludente de Tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, Parte geral. 31º edição, São Paulo: Editora Atlas, 2015.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Breves apontamentos sobre o funcionalismo penal. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3474>>. Acesso em: 02/03/2015

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

RASSI, Patricia Veloso de Gusmao Santana. Direito Penal mínimo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 50, fev 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_caderno=3>. Acesso em abril de 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal - Parte Geral*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

STF, HC 115046, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 15-08-2013 PUBLIC 16-08-2013.

STF, HC: 84412 SP, Relator: CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 19/10/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-11-2004

STF - HC: 123108 MG, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 01/07/2014, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31/07/2014 PUBLIC 01/08/2014

TOLEDO, Francisco Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Ilicitude Penal e Causas de sua Exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ZAFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.