

UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ

LUCAS LEMES MONTES

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA UMA ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL E ECONÔMICA.**

CURITIBA

2017

LUCAS LEMES MONTES

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA UMA ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL E ECONÔMICA.**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Graduação em Direito da Universidade Tuiuti do Paraná como requisito parcial no processo de avaliação do trabalho de monografia.

Orientador: Msc. Luiz Renato Skroch Andretta

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCAS LEMES MONTES

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E
ECONÔMICA.**

Esta Monografia foi julgada e aprovada para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná.

Curitiba, ____ de _____ de 2017.

Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite
Coordenador do Núcleo de Monografias da Faculdade de Ciências Jurídicas da
Universidade Tuiuti do Paraná

Orientador: Prof. Msc. Luiz Renato Skroch Andretta
Universidade Tuiuti do Paraná

Prof. _____
Universidade Tuiuti do Paraná – Membro da Banca

Prof. _____
Universidade Tuiuti do Paraná – Membro da Banca

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por me abençoar na conclusão de mais esta etapa.

A minha família, pelo apoio, compreensão e auxílio incondicional ao longo de toda esta jornada e ainda aos amigos.

Ao Mestre e meu Orientador Luiz Renato Skroch Andretta, por me apresentar ainda na tenra idade da graduação quando cursava o segundo período, o Direito Penal, pelo qual passei a nutrir um fascínio, na pessoa de quem cumprimos todos os demais professores da Seara Penal que tive ao longo de minha formação.

***Se há sorte eu não sei, nunca vi.
(Renato Teixeira).***

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo apresentar à moderna concepção que vem orientando a aplicação do Direito Penal, onde tal instituto pauta-se por intervir minimamente na resolução dos conflitos sociais, pois se configura como a *ultima ratio*. Para tanto é apresentado o princípio da insignificância, onde através de minuciosa abordagem sobre os aspectos que envolvem o tema, desde sua base histórica e concepção dada por Roxin, até sua atual aplicabilidade, possibilitou a visualização do que vem a ser o referido princípio, que tem por objetivo tornar atípica toda conduta delitiva que de forma ínfima atinja os bens jurídicos tutelados. O trabalho pautou-se por buscar fundamentação na palavra dos mais diversos doutrinadores, bem como na jurisprudência existente sobre o tema e ainda teceu uma análise atual acerca do posicionamento esposado pelos Tribunais Superiores STJ e STF a quem cumpre dar a última palavra nas questões judiciais e processos instaurados no Brasil, asseverando ao grande impacto que tais decisões podem ensejar no âmbito jurídico nacional, com o reconhecimento ou ignorância ao primado da insignificância. Como será verificado, o princípio da insignificância, embora tenha, entendimento pacificado pelos reiterados julgados realizados por STF e STJ, por vezes deixam de enaltecer o caráter fragmentário e subsidiário, do Direito Penal, assim deixando de lado a intervenção mínima, que deveria ser o escopo da Seara Penal. Por fim analisando o impacto econômico que pode decorrer da não aplicação do referido princípio.

Palavra-chave: princípio da insignificância, STF, STJ e intervenção mínima.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PRINCÍPIOS E A ORDEM JURÍDICA	9
1.1 Juridicidade dos Princípios.....	10
1.2 Princípios Implícitos.....	11
1.3 Bases Constitucionais do Direito Penal.....	13
2. HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	15
2.1 Conceito do Princípio da Insignificância.....	17
2.2 Natureza Jurídica.....	18
2.3 Fundamentos e Princípios Informadores.....	20
2.3.1 Princípio da Legalidade.....	21
2.3.2 Princípio da Intervenção Mínima.....	23
2.3.3 Princípio da Fragmentariedade e Subsidiariedade.....	25
2.3.4 Princípio da Ofensividade.....	27
2.3.5 Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade.....	28
2.4 Princípio da Insignificância e o Princípio da Adequação Social.....	29
3. TIPICIDADE	31
3.1 Conceito.....	31
3.2 Tipicidades Formal e Material.....	33
3.3 Tipicidade Conglobante.....	35
3.4 Desvalor da Ação e o Desvalor do Resultado.....	36
3.5 Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade.....	38
4. APLICABILIDADE ATUAL DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	40
4.1 Requisitos para Aplicação do Princípio da Insignificância Apresentados pelos Tribunais Superiores.....	40
4.2 Dicotomia Entre STF e STJ na Aplicação do Princípio da Insignificância.....	43
4.3 Consequências da Aplicação Divergente do Princípio da Insignificância.....	45
5. ECONOMIA E DIREITO	47
5.1 Análise Econômica do Direito em Detrimento de Condutas Atípicas pelo Princípio da Insignificância.....	48
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A finalidade última a que se propõe o presente trabalho é senão demonstrar a evolução pela qual passou a matéria principiológica, sua força normativa, e em especial, tratar do famigerado princípio da insignificância, buscando sua raiz histórica e o seu nascimento no ordenamento jurídico brasileiro, bem como apresentar seus requisitos e qual implicação leva o seu reconhecimento no caso concreto.

Ainda a aplicabilidade concreta do referido princípio, ante a ausência de disposição expressa no ordenamento jurídico brasileiro, seja constitucional ou infraconstitucional, concentrando-se em princípio geral de direito e assim fonte de direito penal, em última análise.

Quais são os termos para sua aplicação, a sua compatibilidade com as normas do direito penal pátrio e seus desdobramentos como garantia efetiva existente no Estado Democrático de Direito.

Demonstrar o caos jurídico instalado, pela falta de segurança jurídica, no que tange aos julgamentos e acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que muito embora adotem os mesmos requisitos, para a aplicação do princípio da insignificância e posterior reconhecimento da atipicidade da conduta, parecem não conversar entre si, quando de seus julgamentos, pois tem para ambos a mesma teoria, no entanto quando de seus julgamentos, acaba que um entende de uma forma e outro de outra forma, sem que se tenha uma convergência entre ambas. Diante disso o trabalho procura demonstrar quais implicações isso pode gerar no sistema jurídico brasileiro em detrimento da hipertrofia jurídico penal atual, onde tudo vira caso de polícia ou chega aos corredores e pilhas do poder judiciário.

Abordando critérios econômicos, pela não aplicação ou aplicação errônea do princípio da insignificância e sua implicação na ordem econômica nacional.

Concluindo com uma análise crítica ao primado que vem sendo ignorado, quando dos julgamentos proferidos pelas mais altas cortes nacionais, sem contar o que ocorre no âmbito dos Tribunais Federais e de Justiça, quiçá no primeiro grau de jurisdição.

1. PRINCÍPIOS E A ORDEM JURÍDICA

Desta forma, entendidos os princípios atuam como pilares, para todo o ordenamento jurídico, irradiando seus efeitos, por todos os diplomas legais e ainda sobre a aplicação das normas no caso concreto. Em uma sociedade os princípios demonstram suas características, pois demonstra os valores por ela aceitos.

Nada abstrato ter o sentimento de que a palavra princípio remonta a início ou fundamento, independente do que seja.

Ensina De Plácido e Silva, que princípio deriva do latim *principium* (origem, começo):

“No sentido jurídico notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E assim, princípio relevam o conjunto de regras e preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo exprimem sentido. Mostram a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida significam pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito. E nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.” (1989. p. 447)

Assim se infere que princípios são mandamentos nucleares e fundamentais de todo um sistema, atuando como critérios de controle na elaboração e aplicação das demais normas jurídicas.

Para ter essa natureza, necessário que o princípio transcenda a sua própria esfera normativa, irradiando comandos de funcionamento e estrutura, sobre as demais normas, projetando sua relevância sobre estas.

Neste sentido Celso Antônio Bandeira de Melo, aduz que princípio jurídico:

“É mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido”. (1994. p. 450).

Os princípios, portanto, são mandamentos jurídicos primaciais e fundamentais, compostos de valores da cultura sociojurídica da sociedade, que servem de substrato as demais normas jurídicas quando aplicadas na solução dos casos concretos, do que se pode inferir elementos comuns aos princípios: I – são

mandamentos nucleares e fundamentais do sistema normativo, II – atuam como alicerce da ordem jurídica, III – compõem-se de elementos extraídos da cultura sociojurídica de uma sociedade, IV – seus comandos se irradiam e influenciam a composição e funcionamentos das demais normas jurídicas.

1.1 Juridicidade dos Princípios

A polemica no que se refere a natureza jurídica dos princípios, hoje superada se deu no início do estudo deste instituto, em que lhe era negado o *status* de norma jurídica, o que em dias atuais não mais se discute, pois é premente a juridicidade instalada nos princípios.

Restando que os princípios são normas jurídicas, caso contrário teria que se admitir que a Constituição pátria possui em seu bojo enunciados que não são normas jurídicas como por exemplo o disposto no artigo 5º *caput* da CRFB/88 “todos são iguais perante a lei”. Importante lição de Carmen Rocha, “Constituição sendo uma lei, não se pode deixar de concluir que todos os princípios que nela se incluem, expressa ou implicitamente, são leis, normas jurídicas postas a observância insuperável e incontornável da sociedade estatal” (1994. p. 26).

Detidamente Luis Roberto Barroso, impende classificação aos princípios em três modalidades, sendo elas I – princípios fundamentais, que correspondem as decisões políticas de uma nação em sua estruturação, como o principio republicano, federativo e a separação dos poderes, II – princípios constitucionais gerais, que se perfazem em desdobramentos menos abstratos, como princípios fundamentais, legalidade, isonomia, juiz natural e irretroatividade das leis, III – princípios especiais, que atine a campo específico, com normas afetas a determinados temas, como principio da anterioridade tributária ou do concurso público, para ingresso em cargo de natureza pública.

Para uma perfeita identificação dos princípios, existem diversos critérios, para se atingir esse fim, todavia existe uma premissa que divide as normas jurídicas em duas espécies, sendo normas tipo principio e normas tipo regra, do que é salutar a doutrina de Ronald Dworking e Robert Alexy.

Ronald Dworking apresenta dois mecanismos, para a correta identificação, sendo eles o do “tudo ou nada” e o do “peso ou importância”, quanto ao “tudo ou nada” preleciona que as regras são aplicáveis de modo absoluto, desde que presentes os pressupostos aos quais a regra se refere no caso concreto e ainda sendo ela válida deve em qualquer caso ser aplicada. Já no que toca ao critério do “peso ou importância”, uma vez que duas normas se cruzem, deve se levar em conta o peso relativo de cada uma delas ao caso concreto e então definir qual será aplicada em detrimento da outra, de modo que este sendo aplicado, não exclui a outra norma do ordenamento jurídico, mas apenas a ela se sobrepõe naquele momento.

Robert Alexy por sua vez tem como principal critério de preleção, o “gradualista-qualitativo”, pelo qual se tem que os princípios são mandados de otimização, podendo ser cumpridos em variados graus e depende ainda de circunstâncias fáticas e jurídicas. Ao passo que as regras são norma essa que pode ser cumpridas ou não, sendo válida será cumprida e não tendo esse caráter não o será, concluindo que toda norma é princípio ou regra a depender do seu conteúdo.

Robert Alexy, por conta do seu conceito preceitua:

“Tanto as regras como os princípios são normas jurídicas porque ambos dizem o dever ser. A distinção entre regras e princípios é, pois uma distinção entre dois tipos de normas”. (1993, p. 83).

1.2 Princípios Implícitos

Uma ordem jurídica constitucional não se compõe apenas e tão somente de normas expressas, escritas em seu texto, mesmo diante de um direito eminentemente positivista, como é o caso do Brasil, mas também de princípios que estão implícitos. Em razão do texto normativo não ser capaz de exaurir em sua totalidade a norma, sendo possível então inferir a presença normativa, mesmo onde não se tenha texto.

Conforme Ruy Espindola:

“Podem os princípios constitucionais existir positivamente em outras partes do texto constitucional, como podem ser deduzidos da narrativa textual, desde que efetivamente compreendidos nos enunciados do texto, segundo revelarem os postulados metódicos de interpretação e concretização constitucional. Parte disso corrobora, como é lícito concluir, a

ideia de princípios constitucionais expressos e implícitos no sistema constitucional". (1999, p. 182).

Esses princípios implícitos localizam-se na própria ordem jurídica, cabendo ao intérprete ou operador do direito os desvendar. Podendo se afirmar que esses princípios são encontrados por meio da interpretação e concretização judicial, como sentenças e acórdãos, das normas jurídico constitucionais, que lhes definem limites e conteúdo com o passar do tempo, já que no geral essas atividades são a expressão de concepções difundidas de como deve ser o Direito.

Nessa esteira o Colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu:

“ O direito não se esgota na lei. O judiciário, porque deve expedir a norma justa, leva em conta também os princípios jurídicos”. (STJ, 100.787/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Dispondo então a CRFB/88 de forma louvável de uma clausula de reserva, para reconhecer a validade dos princípios implícitos, ao dispor no seu artigo 5º§2º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Informando com isso o trabalho da interpretação e concretização das normas constitucionais, pelo que se tem descoberto princípios implícitos, como o da supremacia do interesse público, sobre o privado e da razoabilidade, informando a solução de conflitos concretos, inexistindo entre os princípios expressos e implícitos hierarquia, devendo para a aplicação destes deve ser utilizado o critério da ponderação já explorado, a luz do conflito concreto.

Quanto aos princípios implícitos a Suprema Corte assim leciona:

“Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se insitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. (STF, RE 160.381/SP 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio).

Cumpra então reconhecer que existem princípios ocultos ou subentendidos na ordem constitucional, devendo o interprete e operador do direito buscar este princípio implícito, acabando por concretizar a norma constitucional.

Na sua natureza normativa os princípios implícitos ou expressos, tem a mesma finalidade de qualquer outro mandamento jurídico, que é senão regular e apresentar solução a casos concretos.

1.3 Bases Constitucionais do Direito Penal

A pesquisa acerca de um princípio penal constitucional é matéria que se impõe, visto que o direito penal embora se consubstancie em ramo autônomo do direito, assim como as demais matérias jurídicas se funda com uma base constitucional, donde surge os princípios gerais informativos do instituto penal.

Paulo de Souza Queiroz, em lição menciona que “A constituição cria potencialmente o direito penal, fixando-lhe as bases e os limites”. (2001,p. 121).

Em um Estado Democrático de Direito como o Brasil o direito penal é informado por princípios que se prestam a garantir um mínimo de direitos individuais ao cidadão, sendo aqueles inerentes a toda pessoa humana.

O direito penal tem estreita relação com o primado constitucional, sendo a Constituição o estatuto político nacional, esta apresenta as primeiras expressões do direito penal, devendo todas as normas jurídico penais a ela se submeterem.

Nesse plano José Joaquim Gomes Canotilho, afirma que:

“Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza de acordo com o princípio da divisão dos poderes, o poder político”. (1995,p. 12).

Por seu turno Konrad Hesse ensina:

“ A constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais, deve-se formar unidade política e tarefas estatais a ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo ela é o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica da coletividade”. (1998,p.37).

O direito penal tem como missão a proteção dos bens jurídicos, mais caros a sociedade, como a vida, patrimônio, honra e liberdade sexual entre tantos outros. Se apresentando ou ao menos deveria ser assim, como *ultima ratio*, ou seja, quando os demais não se mostrarem capazes a tutelar de forma efetiva o direito a que assiste todas as pessoas em ultima análise, entra em cena o direito penal, como sendo o ultimo soldado a apresentar suas armas, assim protegendo não somente os bens jurídicos mais caros a sociedade, como os demais ramos do direito.

Entendimento esposado pelo Iminente René Ariel Dotti:

“O direito penal é a ciência destinada a proteger os valores e os bens fundamentais do homem. A sua tutela envolve também a comunidade e o Estado como expressões coletivas da pessoa humana, em torno de quem gravitam os interesses de complexa e envolvente ordem. Desde o direito a vida até o direito a sepultura, começo e fim da aventura da existência movimenta-se um amplo repertório de bens e de interesses que tem no ser individual pontos de partida e de chegada. Em todos os trechos do funcionamento do sistema, o homem deve ser a media da primeira e ultima das coisas, razão pela qual se proclama que, na categoria dos direitos humanos, o direito penal é mais relevante, o de maior transcendência”. (1985,p.23).

Para exercer essa função garantidora da ordem jurídica o direito penal se vale de uma força sem similar no ordenamento jurídico e que nenhum outro detém em seu bojo, sendo a coercibilidade e a imposição de sanções criminais, como a segregação da liberdade, para quem viola suas normas. Advindo tal força do direito constitucional, como remete Sidnei Agostinho Beneti:

“ A força do direito penal não vem apenas dele próprio. Para ser suficientemente forte, a ponto de sobre-reger a convivência na sociedade no campo que lhe é reservado, firma-se ele no direito constitucional, de modo que o infunde força ao direito penal é o direito constitucional. E a rigor essa assunção de força pelo direito constitucional, relativamente ao penal é mais intensa do que no tocante a outros ramos do direito, como o civil”. (1992,p. 155).

Como já mencionado a sanção penal por atingir direitos fundamentais do cidadão como a liberdade, é salutar que essa intervenção punitiva se de em conformidade com a ordem constitucional posta. Motivo pelo qual o direito penal se socorre do direito constitucional e de suas normas e princípios, para que se tenha legitimidade em todas as suas sanções.

A Constituição tem gerencia direta no direito penal, ao limitar seu alcance e impor limites ao *jus puniendi*, em detrimento dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Se perfazendo de duas maneiras, sendo elas de cunho formal, quando

aos aspectos exteriores da sanção penal e material, delimitando o conteúdo das normas, como quando proíbe as penas de cunho cruel ou de trabalhos forçados. Pelo que limita o legislador penal.

O efeito do constitucionalismo atual sobre o direito penal, se mostra assim de forma intensa, ao passo que a Constituição tem em seu texto diversas normas e princípios penais que tem o condão de orientar e informar a construção, elaboração e aplicação das normas penais.

A partir dessas considerações, vejamos os princípios basilares de direito penal, com cunho constitucional admitidos pela doutrina nacional, Nilo Batista: legalidade (reserva legal), intervenção mínima, lesividade, humanidade e culpabilidade. (2011, p. 217).

César Roberto Bittencourt: legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, culpabilidade, humanidade, irretroatividade, adequação social e insignificância. (2010,p. 37-50).

Luiz Regis Prado: legalidade, irretroatividade, culpabilidade, exclusiva proteção dos bens jurídicos, intervenção mínima, fragmentariedade, pessoalidade, individualização da pena, proporcionalidade, humanidade, adequação social e insignificância. (2008,p.77-86).

Estes são apenas alguns dos medalhões da doutrina nacional que se referem em suas obras acerca dos princípios penais de cunho constitucional, o que não esgota a temática e sequer cita todos os que tratam do tema.

Importante trazer a lume o ditame de Francisco Assis Toledo:

“ O direito penal, por sua natureza fragmentaria, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve se ocupar de bagatelas.” (2000,p.127).

2. HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, tem um importante contexto histórico que por óbvio não pode ser deixado de lado, posto que seu nascimento é recente, não apenas no Brasil, como no mundo, sendo necessário analisar sua origem que se constitui em fundamental alicerce para a liberdade e democracia.

Como pedra angular do referido princípio temos Claus Roxin, que no ano de 1964, o redigiu com fundamento de validade geral, para determinar o injusto, a luz do adágio latino *mínima non curat praetor*.

Embora Claus Roxin seja considerado o pai do princípio em comento, fato é que se encontram resquícios deste também na obra de Franz Von Liszt em 1903, quando escreveu acerca da hipertrofia penal e sua vasta legislação, que a sua época era amplamente utilizada, aplicando pena sem excesso, indo a mão contrária da que deve o direito penal se orientar.

Ao passo que a doutrina sustenta que a insignificância remonta aos pretores romanos, onde regra geral o direito penal não deveria se ocupar de bagatelas, aplicando o adágio da *mínima non curat praetor*. Do que não se pode dissociar as raízes do hoje conhecido como princípio da insignificância, ao passo que os autores contemporâneos o resgataram e reafirmaram sua existência no ordenamento jurídico, como o próprio Franz Von Liszt, Claus Roxin e ainda Eugenio Raul Zaffaroni, dentre outros.

José Henrique G. Rebelo, de seu turno, leciona quanto ao brocardo latino:

“A mencionada máxima jurídica anônima da Idade Média, eventualmente utilizada na forma *minimis non curat praetor*, significa que um magistrado sentido de *praetor* em latim medieval, deve desprezar os casos insignificantes para cuidar das questões realmente inadiáveis”. (2000,p. 31).

Ribeiro Lopes, sustenta primeiramente quanto ao princípio da insignificância:

“é um princípio sistêmico decorrente da própria natureza fragmentária do Direito Penal. Para dar coesão ao sistema penal é o que se fez. Sendo, pois princípio específico do Direito Penal, não consigo relacioná-lo com a máxima *minimis non curat praetor*, que serve como referência, mas não como via de reconhecimento do princípio.”(1997,p. 38).

E segue, no sentido de que o princípio da insignificância tem sua origem no pensamento liberal do iluminismo, e que o referido é senão um desdobramento do Princípio da Legalidade, concluindo:

“E ao longo da história, permeado de idas e voltas, foi sendo justificada a concepção do *nullum crimen nulla poena sine iuria*, ou seja, sem dano, sem causação de um mal que represente a gravidade esperada para incidência da pena criminal. O princípio da legalidade, como inferência do individualismo político, encontrou ressonância entre os enciclopedistas, filósofos do direito natural e iluministas, conseqüentemente, o tratamento mais sistematizado e fundamentado do princípio da insignificância.

Por fim, confirmando que ao longo da história sempre existiu posicionamentos favoráveis a despenalização de delitos insignificantes, Flávio Gomes e Molina

observam também que os mais diversos autores já pediam pela recuperação de tal preceito, pois:

“se por um lado não se pode duvidar que é muito controvertida a origem histórica da teoria da insignificância, por outro, impõe-se sublinhar que o pensamento penal vem (há tempos) insistindo em sua recuperação (pelo menos desde o século XIX). São numerosos os autores que desde esse período a invocam e pedem sua restauração: assim CARRARA, VON LIST, QUINTILIANO SALDAÑA, ROXIN, BAUMANN, BLASCO E FERNANDEZ DE MOREDA, SOLER, ZAFFARONI”. (2007, p. 316).

Conforme Bitencourt, o princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, assim rechaçando os pensamentos em contrário:

“partindo do velho adágio latino *minima non curat praetor*”. A presunção da inocência remonta ao Direito Romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. No *Directorium Inquisitorium*, EYMERICH orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação”. (2008, p. 20).

Vencida a controvérsia doutrinária e após demarcada as origens do importante princípio da insignificância no direito penal, passemos a abordar o seu conceito no ordenamento nacional.

2.1 Conceito do Princípio da Insignificância

Aqui temos uma grande resistência de reconhecimento e uma falta conceitual, pelo que para parte da doutrina o princípio da insignificância na prática fica a turno do senso pessoal do operador do direito no caso concreto o que pode entre outras consequências, importar em insegurança jurídica.

De fato o mencionado princípio não encontra disposição expressa no ordenamento jurídico, porém cumpre ressaltar, conforme já exposto que o direito não se exaure no texto legal, reconhecendo assim a existência e normatividade dos princípios tidos como implícitos permeando a seara jurídica.

Junto dessa temática temos Vico Mañas, que conceitua:

“O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e

sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal”. (1994,p. 81).

Muito embora o princípio da insignificância padeça de definição legal a doutrina e jurisprudência, tem se encarregado de lhe conferir uma definição menos abstrata, tendo que ele interpreta de forma restritiva o tipo penal, analisando sua real ofensa e lesividade no caso concreto, excluindo da seara criminal aquelas condutas que não tem o condão de atingir de forma ofensiva os bens jurídicos penalmente tutelados.

Para Flávio Gomes e Molina, o crime insignificante “em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal”. (2007, p. 303).

Por último a conceituação do princípio, segundo Regis Prado, “o princípio da insignificância postula que devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente um bem jurídico-penal”. (2008, p. 153).

2.2 Natureza Jurídica

O perfeito entendimento de como o princípio da insignificância deve ser aplicado, temos primeiro ter noção de como o mesmo é concebido no âmbito penal e para tanto, se faz necessário observar a lição consignada por Regis Prado, que aduz:

“O Direito Penal, como também os demais ramos do ordenamento jurídico, fundamenta-se em determinados princípios jurídicos, como elementos essenciais e diretores, em sua maioria jurisdicionados, seja em nível constitucional, seja não-constitucional. Derivados, em sua maioria, dos valores ético-culturais e jurídicos vigentes em determinada comunidade social, numa certa época, foram se impondo num processo histórico-político contínuo como basilares à sociedade democrática”. (2008, p. 128).

Conforme apresentado, os princípios jurídicos são de extrema importância em uma sociedade democrática, podendo estes serem expressos no texto constitucional ou não, derivando da própria sociedade e seus anseios. O mesmo doutrinador continua conceituando expondo que os princípios

“Constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas -, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos

fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: serve de fundamento e de limite à responsabilidade penal". (2008, p. 128 – 129).

Desta forma, evidente que os princípios possuem uma importante função no Direito Penal, pois servem de base, limitando e garantindo que no momento de se criar as normas, como quando da aplicação, sejam respeitados os direitos fundamentais do indivíduo, de forma que o legislador e o intérprete da lei utilizem os princípios de forma a pautar seus atos com observância aos preceitos constitucionais inerentes e indissociáveis em um Estado Democrático de Direito.

Os princípios podem ou não estar expressos em lei, sendo que por vezes não estão, ainda assim cabe ao operador do direito observá-los e aplicá-los de forma irrestrita, pois os princípios são basilares no ordenamento jurídico, não havendo possibilidade de existir um sistema jurídico completo somente com base em normas expressas. Entende dessa forma Rogério Greco, pois:

"podemos visualizar e apontar os princípios como orientadores de todo o sistema normativo, sejam eles positivados ou não. Dissemos positivados ou não porque os princípios podem estar previstos expressamente em textos normativos, a exemplo do que ocorre com o princípio da legalidade, cuja previsão se encontra no texto de nossa Constituição, ou outros que, embora não positivados, são de obediência obrigatória". (2005, p.56 – 57).

Temos princípios como o da insignificância, que por vezes não se mostram positivados na lei, mas advém da interpretação das próprias normas e da lição doutrinária, devendo ser observados e aplicados sem restrições aos casos em que se mostrem necessários. Tal afirmação pode ser observada na lição de Ivan Luiz da Silva:

"O Princípio da Insignificância em matéria penal em um autêntico princípio jurídico decorrente da concepção unitarista do moderno Direito Penal, que exige a concreta ofensa ao bem jurídico atacado como justificação para fazer incidir a pena criminal sobre o agente da conduta típica". (SILVA, 2010, p. 96).

Não é diferente o entendimento de Vico Mañas:

"a norma escrita, como é sabido, não contém todo o direito. Por esse motivo, no campo penal, a construção teórica de princípio como o da

insignificância não fere o mandamento constitucional da legalidade ou reserva legal". (1994, p. 67).

Como é possível perceber, a norma sempre deve vir conjugada com um princípio para fazer valer e realmente fundamentar um preceito legal, de forma que o ordenamento jurídico só se encontra completo quando um princípio se junta a norma para não restar dúvida quanto o dever de incidência de uma pena, por exemplo, mas também como é o caso do princípio da insignificância, quando o mesmo se faz necessário ser conjugado com uma norma, a fim de fazer valer a observância de outros direitos da pessoa, como da liberdade.

O que justifica o pensamento dos autores citados, de que o Direito Penal não se limita somente as normas e deve se pautar em princípios para justificar suas decisões, pode ser perfeitamente perquirido e fundamentado na CRFB/88, que em seu artigo 5º, § 2º, preceitua que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados".

Desta forma, quando a Constituição Federal faz referência a "princípios por ela adotados", não há como não associar a outra garantia constitucional apresentada no mesmo artigo 5º, caput, ou seja, "à liberdade", que é tida como princípio fundamental que objetiva salvaguardar a dignidade da pessoa humana, por consequência, a adoção de outros princípios tais como o da insignificância, além de possuir amparo constitucional para sua plena aplicação, visa garantir outro direito que só deve ser restringido em último caso.

2.3 Fundamentos e Princípios Informadores do Princípio da Insignificância

A começar a lapidar lição de Odone Sanguiné:

"O fundamento do princípio da insignificância está na ideia de proporcionalidade que a pena deve guardar com relação a gravidade do crime". (1990,p. 36).

Importante consignar parte daqueles princípios que informam e sustentam a aplicação do princípio da insignificância, demonstrando que o mesmo possui sólido alicerce para sua plena aplicação no ordenamento jurídico penal como ferramenta de interpretação da norma, no intuito de afugentar a incidência da pena sobre infrações penais de ínfima significância e reduzido desvalor da ação ou de ínfimo

resultado. Os princípios a seguir expostos não esgotam as bases do princípio da insignificância, podendo outros também se constituírem e delinear a sua aplicação, contudo, os princípios escolhidos para serem apreciados neste trabalho, mostram-se suficientes e mais constantemente utilizados pelos doutrinadores para demonstração de sua aplicabilidade devidamente fundamentada.

2.3.1 Princípio da Legalidade

Sobre o assunto dispõe Regis Prado, “a partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade – verdadeira pedra angular do Estado de Direito – converte-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual”. (PRADO, 2008, p. 131).

Entretanto, ao passar dos anos o princípio da legalidade acabou por se moldar à realidade da sociedade à sua época, assim aquilo que antes era visto apenas no seu aspecto formal, ou seja, estar ou não expresso em lei, agora passou a necessitar de um olhar mais profundo, para que além do aspecto formal inserido no diploma penal, se faça presente também seu viés material, que deve coadunar com os preceitos constitucionais. Como bem observa Rogério Greco, o qual explica que:

“Hoje em dia, não se sustenta um conceito de legalidade de cunho meramente formal, sendo necessário, outrossim, investigar a respeito de sua compatibilidade material com o texto que lhe é superior, vale dizer, a Constituição. Não basta que o legislador ordinário tenha tomado as cautelas necessárias no sentido de observar o procedimento legislativo correto, a fim de permitir a vigência do diploma legal por ele editado. Deverá, outrossim, verificar o conteúdo, a matéria objeto da legislação penal, não contradiz os princípios expressos e implícitos constantes de nossa Lei Maior”. (2005, p. 142).

Por sua vez, Regis Prado é mais prolixo sobre o tema,

“Discorrendo que o princípio da reserva legal dá lugar a uma série de garantias e consequências em que se manifesta o seu aspecto material – não simplesmente formal -, o que importa em restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal. Daí traduzindo no sintético apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege previa, scripta et stricta*. Esse postulado apodítico cumpre funções reciprocamente condicionadas: limitações das fontes formais do Direito Penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão. Faz-se, também, distinção entre a mera legalidade, que tem na lei condição indispensável do delito e da pena (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), e o postulado da estrita legalidade, como modelo regulativo, que exige as demais garantias como fundamento da legalidade penal (*nulla lex poenalis*

sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione). (2008, p. 131).

Pode se visualizar que a legalidade baseada apenas e tão somente no que a lei penal diz não atende as necessidades atuais da sociedade, ao passo que hoje é premente a necessidade de que tanto o legislador como o operador do direito ao aplicar a norma penal, além de respeitar o aspecto formal, deve se ater de forma sem igual ao aspecto material, devendo embasar tanto a elaboração como a aplicação da lei penal, visto que os preceitos constitucionais dentre eles o da liberdade, devem estar sempre pautando a sua atuação, a fim de que a reprimenda do Estado, por meio do *jus puniendi*, não alcance mais do que realmente é necessário, ou seja, delitos que de forma grave passem a atingir os bens jurídicos relevantes para a sociedade e penalmente tutelados.

Da mesma sorte, que o princípio da legalidade deve convergir com o preceito da estrita legalidade no âmbito do Direito Penal, para que se restrinja ao estritamente necessário à aplicação da sanção penal, pois delitos insignificantes não devem ser apreciados por este ramo tão nobre do direito e caro a sociedade. Sendo essa a visão que em dias atuais o princípio da legalidade deve transparecer, reduzindo a área de atuação do Direito Penal, não ampliando o alcance da norma pelo fato da mesma ser revestida por uma previsão meramente abstrata e ampla, conforme entendimento de Vico Mañas:

“Apesar da inegável evolução teórica do conceito de tipo penal, constata-se que a tipicidade continuou a ser, acima de tudo, um juízo formal de subsunção, ou seja, de adequação de um fato à descrição que dele se faz na lei penal. Tal postura, contudo, não satisfaz a moderna tendência de reduzir ao máximo a área de influência do direito penal, pois, como os tipos penais são conceitos abstratos, é impossível evitar que sua previsão legal tenha um alcance maior que o desejado”. (1994, p. 80).

A luz do exposto, não paira incerteza que é necessário ter uma interpretação restritiva da norma penal, para que esta não venha atingir fatos e condutas além daquelas para as quais foi estritamente elaborada, de forma que, o princípio da insignificância vem a ser a ferramenta a ser empregada nessa função de limitar e restringir o alcance da sanção penal. Também segue esse entendimento Vico Mañas, que complementa seu pensamento anterior asseverando que:

“O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do direito penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada

mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal". (1994, p. 56).

2.3.2 Princípio da Fragmentariedade e Subsidiariedade do Direito Penal

Os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade atuam de forma complementar e por vezes até se confundem ou se somam aos preceitos do princípio da intervenção mínima, vez que ambos buscam demonstrar que o Direito Penal só deve por em prática o seu mister sancionador, quando o bem lesado realmente for relevante para a sociedade e outro ramo do direito não seja capaz de prestar a devida tutela jurídica a fim de o proteger.

Iniciando o entendimento sobre o tema referente à natureza subsidiária do Direito Penal, importante a lição 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 direito público, o direito penal deve retirar-se”. (1986, p.28).

No mesmo sentido, Vico Mañas complementa que “a subsidiariedade do direito penal, por seu turno, resulta de sua consideração como “remédio sancionador extremo”, que, portanto, só deve ser ministrado quando outros se revelem insuficientes”. (1994, p. 57 – 58).

A par disso, o princípio da subsidiariedade do direito penal está atrelado ao fato de ser sanção criminal a medida extrema, o último recurso a ser utilizado a fim de garantir os direitos das pessoas frente às agressões significativas que as mesmas possam vir a sofrer, isso desde que seja evidente não existir outro meio no ordenamento jurídico capaz de satisfazer tal anseio social de proteção. Não bastando a existência de uma conduta ilícita para que incida a reprimenda estatal, pois essa conduta deve ofender de forma significativa o bem jurídico tutelado, sendo que neste ponto a subsidiariedade enseja a aplicação do princípio da insignificância. Observação delineada novamente por Vico Mañas:

“A tendência é hoje reduzir ao máximo a área de incidência do direito penal, reconhecendo-se o seu caráter subsidiário. Com efeito, não mais se questiona que os autores de lesões a bens jurídicos só podem ser submetidos à pena quando isto seja absolutamente necessário para a ordenada vida em sociedade. A incriminação só se justifica quando estiver em jogo um bem ou um valor social importante, não podendo alcançar fatos

que se situem exclusivamente na ordem moral, nem situações que, embora ilícitas, não atinjam significativamente a ordem externa". (1994, p. 23).

Por sua vez, no que tange à fragmentariedade do Direito Penal, este princípio norteador tem por finalidade atestar que nem todas as condutas ilícitas devem fazer parte do rol sujeito a sanção criminal, devendo ser a tutela penal destinada somente aos atos que por sua lesividade ao interesse da sociedade, não poderiam estar dispostos em outro ramo do direito, pois carecem de uma reprimenda mais enérgica e extrema, como demonstra 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 natureza fragmentária". (2006, p. 65).

Complementado, a fragmentariedade do Direito Penal tem íntima relação com o fato de que as ilicitudes existentes na sociedade se apresentam das mais diversas formas e a política criminal escolhe para cuidar e tutelar somente as que realmente lesam significativamente os bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade. Tal fato pode ser observado nas palavras de Paulo de Souza Queiroz, pois:

"É sabido que o direito penal não outorga proteção absoluta aos bens jurídicos; que não constitui um sistema exaustivo de ilicitudes, e sim descontínuo. Ou seja, não protege todos os bens jurídicos, e sim os mais fundamentais, e nem sequer os protege em face de qualquer classe de atentados, mas tão-só dos ataques mais intoleráveis. Daí dizer-se fragmentária essa proteção (caráter fragmentário), pois se concentra não sobre o todo de uma dada realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade, é dizer, sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja imprescindível". (2002, p. 95).

Analisando os conceitos desenvolvidos é possível concluir que além dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade se mostrarem complementares, demonstrando que o Direito Penal só deve incidir sobre condutas delitivas onde os demais ramos do direito tornam-se impotentes frente aos ilícitos produzidos, bem como sobre uma pequena gama de condutas tipificadas como penalmente relevantes, por somente estas afetarem bens jurídicos importantes para a sociedade, são também informadores da aplicação do princípio da insignificância, pois da análise de ambos os princípios possível constatar que a sanção penal não deve operar sobre todo e qualquer delito, mas somente sobre aquele significativo,

consequentemente afastando a apreciação de condutas que apesar de ilícitas, geram ínfimas lesões, remetendo-as a apreciação de outro ramo do direito desde que cabível.

Acerca disso, Ivan Luiz da Silva conclui que,

“Portanto, o Princípio da Fragmentariedade – bem como a natureza subsidiária do Direito Penal – é realizado pelo Princípio da Insignificância, que diante de ações típicas insignificantes atua como mecanismo de seleção qualitativo quantitativo das condutas mais graves contra os bens jurídicos atacados, objetivando, assim, estabelecer um padrão de aplicação da lei criminal, denominado de “mínimo ético” do Direito Penal, e compor um sistema razoável para obliterar as injustiças formais da lei penal, firmado nos pressupostos de defesa dos interesses humanos fundamentais. (2010, p.127).

2.3.3 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da Intervenção Mínima designa salutar orientação para o Direito Penal, qual seja, ser ele a *ultima ratio* na intervenção sobre as condutas realizadas pelas pessoas, pois este ramo do direito não deve ser utilizado como a solução para reprimir todas as condutas ilícitas que possam ocorrer no seio da sociedade, devendo se ater apenas e tão somente aos ilícitos que realmente causem danos significativos aos bens jurídicos relevantes, tutelados pela norma penal.

Este respectivo princípio, não encontra disposição expressa no ordenamento jurídico, contudo, junto com os demais princípios existentes e inerentes a um Estado Democrático de Direito, garantidor dos direitos fundamentais da pessoa humana, se faz presente em nosso sistema jurídico, devendo sempre ser observado na seara Penal.

Mesmo entendimento de Nilo Batista, mencionando que:

“O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei [...] por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídicos-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático”. (2001, p. 85).

A intervenção mínima prescreve e exige assim como o princípio da insignificância, que a incidência da sanção penal apenas se de sobre condutas que realmente se apresentem lesivas aos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, limitando o *jus puniendi* do Estado, ao passo que antes da incidência da norma penal sobre uma conduta delituosa realizada, é preciso verificar se não

deveria tal conduta ser reprimida por outro ramo do direito, pois por ser a *ultima ratio*, o Direito Penal só deve ser chamado a atuar quando não se tenha outro ramo jurídico capaz de garantir a tutela necessária aos bens relevantes. Desta forma leciona Bitencourt, mencionando 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 proteção de determinado bem jurídico. 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. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade”. (2008, p. 13).

Desta feita, o princípio da intervenção mínima serve de fundamento para o princípio da insignificância, conferindo a este legitimidade para que atue a fim de restringir a aplicação da sanção penal, no objetivo que a reprimenda criminal só recaia sobre os delitos que afetem significativamente o bem jurídico, isso ainda quando outro ramo do direito mostrar-se insuficiente para tutelar tal fato. Com isso é possível valorizar o Direito Penal, não o banalizando e fazendo com que seja um remédio a ser aplicado a qualquer delito, retirando de si sua função meramente negativa. Também é a visão de Regis Prado, ao dizer que o princípio da intervenção mínima:

“Aparece ele como uma orientação político criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do direito Penal e da concepção material de estado democrático de Direito. O uso excessivo da sanção criminal (infração penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa”. (2008, p. 138).

Para Rogério Greco,

“o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização”, demonstrando desta forma que este princípio está diretamente ligado e fundamentando a aplicação do princípio da insignificância. (GRECO, 2006, p.53).

2.3.4 Princípio da Ofensividade

Da mesma forma que os demais princípios anteriormente expostos, tem o condão de fundamentar a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que no momento em que o interprete da lei penal realiza a aplicação da norma criminal, este deve se ater se a conduta delitativa possui ofensividade mínima a fim de ensejar a incidência da sanção penal, pois somente condutas lesivamente danosas aos bens jurídicos devem receber tal reprimenda.

Sobre esse aspecto, Bitencourt observa que “o princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido”. (BITENCOURT, 2008, p. 22).

Em complemento, Flávio Gomes discorre que o princípio da ofensividade “é uma função que pretende ter natureza “material” (garantista) e significa constatar ex post factum (depois do cometimento do fato) a concreta presença de uma lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido”. (GOMES, 2002, p. 99).

Com isso, a lesividade de uma conduta tida como ilícita deve ser medida no momento em que o interprete da lei vai decidir sobre a incidência ou não da norma penal, pois deverá ser observado se existe ou não ofensividade suficiente a fim de ensejar que a reprimenda criminal seja aplicada.

O princípio da ofensividade a exemplo do principio da insignificância objetiva os mesmos requisitos, pois ambos os princípios por mais que a conduta seja típica formalmente, deve à mesma oferecer ofensividade relevante do ponto de vista material para a incidência da sanção penal, em não atingindo a tipicidade formal e material a conduta deve ser afastada da incidência da reprimenda criminal deste fato, sendo a conduta considerada atípica por não contemplar a tipicidade em toda sua extensão. Em razão disso que o princípio da ofensividade fundamenta a incidência do princípio da insignificância.

Neste sentido, Flávio Gomes expressa que:

“O mais relevante efeito prático da função dogmática do princípio da ofensividade, como se vê, consiste em permitir excluir do âmbito do punível as condutas que, mesmo que tenham cumprido formalmente ou literalmente a descrição típica, em concreto mostram-se inofensivas ou não significativamente ofensivas para o bem jurídico tutelado. Não resultando nenhuma lesão ou efetivo perigo de lesão a esse bem jurídico, não se pode falar em fato típico”. (2002, p. 106).

2.3.5 Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade

Finalizando a exposição dos princípios que informam e fundamentam a aplicação do princípio da insignificância, necessário discorrer sobre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pelo fato de nortear todo o sistema punitivo estatal por tais premissas, visto que a sanção criminal deve observar somente as condutas que afetem significativamente os bens jurídicos tutelados, do mesmo modo sobre tais condutas deve incidir a correta e devida sanção.

Neste ponto, dispõe Regis Prado que:

“No tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas (poena debet commensurari delicto), salienta-se que deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta”. (2008, p. 141).

Constata-se então que o princípio da proporcionalidade deve trilhar todo o caminho a ser transposto pela norma penal, desde sua produção por parte do legislador até a aplicação desta, momento em que muitos serão os pontos a serem analisados caso a caso.

No que atine à aplicação das sanções penais, o juiz deve sempre buscar analisar o caso concreto no fito de aferir a real necessidade da aplicação da pena, pois mesmo que a conduta seja formalmente típica, se esta for insignificante, seja em relação ao desvalor da ação ou do resultado, não se faz necessária a aplicação da sanção penal devido à desproporcionalidade que se tem entre a conduta ínfima realizada e os danos que uma reprimenda estatal pode causar a uma pessoa.

Desta forma, quando a conduta realizada por mais que seja tipicamente formal, mostre-se ínfima, deve vir a lume o princípio da insignificância, no intento de não se tornar desproporcional a sanção imposta frente à conduta realizada. Confirmando o entendimento, Vico Mañas discorre que:

“Outro fundamento do princípio da insignificância reside na idéia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação do 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 insignificação social do fato”. (1994, p. 58).

Outrossim, Ivan Luiz da Silva possui o mesmo entendimento, complementando ainda que:

“A aplicação do Princípio da Insignificância materializa a necessidade de proporcionalidade que permeia a ordem jurídica, uma vez que a incidência da sanção criminal, quando desproporcional ao dano provocado pela conduta penalmente insignificante, viola o ideal de proporcionalidade imanente ao sistema jurídico do Estado de Direito”. (2010, p. 129 – 130).

Como já dito, a proporcionalidade deve nortear sempre a aplicação da sanção penal frente à conduta ilícita realizada, para que não ocorra injustiça, porém deve ser utilizada a razoabilidade como forma de auxiliar o julgamento da sanção a ser aplicada para que o melhor e mais adequado resultado seja alcançado do raciocínio desenvolvido sobre o caso concreto. Assim entende Bitencourt, o qual diz que “a razoabilidade exerce uma função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão”. (BITENCOURT, 2008, p.27).

Diante disso se conclui que a, proporcionalidade e razoabilidade estão diretamente ligados ao princípio da insignificância, ainda mais em um Estado Democrático de Direito que visa sempre garantir os direitos fundamentais da pessoa, só privando-a de seus direitos básicos, como por exemplo, o da liberdade, quando realmente se fizer necessário.

2.4 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.

O princípio da insignificância e o princípio da adequação social em uma primeira abordagem podem ser confundidos, pois parecem atuar sobre os mesmos fatos e fundamentos, todavia guardam diferenças e características distintas. Iniciando a diferenciação entre os princípios, Vico Mañas vem a salientar que:

“O princípio da adequação social (Sozialadäquanz), formulado por H. Welzer, surgiu como uma regra geral de hermenêutica. Por seu intermédio, são excluídas da esfera de incidência do tipo penal as condutas que, embora formalmente típicas, não mais são objeto de reprovação social”. (1994, p. 31).

Diante dessa explanação, pode se constatar que o princípio da adequação social está diretamente ligado ao fato de que existem condutas que a sociedade tem como normais, aceitáveis, que não merecem ser sancionadas por já não serem mais reprováveis, apesar de que algumas se encontram inseridas no rol de condutas

penalmente puníveis. Assim também entende Francisco de Assis Toledo, para o qual “a ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social”. (1994, p. 131 – 312).

Podendo ser entendido como princípio da adequação social aquele que propicia que condutas socialmente aceitáveis, mesmo que ainda inclusas no rol de condutas penalmente puníveis, estejam desde o início excluídas da apreciação do poder judiciário, por que a sociedade não as tem como ilícitas ou reprováveis. Também, este princípio serve de base para o legislador na escolha das condutas que a sociedade venha a entender como lesivas ou não aos seus interesses e ao convívio em sociedade, no momento de criação da norma penal.

De seu lado, o princípio da insignificância como já demonstrado no bojo deste trabalho, tem sua aplicação ligada ao fato de que condutas por mais que tipicamente formais, todavia, tidas como insignificantes, ou seja, que afetem de maneira ínfima os bens jurídicos tutelados, não devem ser sancionadas pelo Direito Penal, pois este deve ser a medida extrema e última a ser utilizada pelo Estado.

Ficando fácil de visualizar a diferença existente entre os referidos princípios, sendo essa diferença salientada por Vico Mañas quando menciona que “a adequação social pressupõe a aprovação do comportamento pela coletividade, enquanto o princípio da insignificância leva em conta a tolerância do grupo em relação à determinada conduta de escassa gravidade”. (Manãs, 1994, p. 33).

Comparando a aplicação destes princípios, Francisco de Assis Toledo se manifesta observando que:

“Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos defendendo”. (1994, p 133).

Assim é possível perquirir que ambos os princípios auxiliam a interpretação da norma penal, sendo que ambos excluem a tipicidade da conduta realizada, de forma a possibilitar que tais condutas não sejam penalmente punidas, porém, a grande diferença reside no modo que incidem sobre as condutas a serem analisadas, pois o princípio da adequação social exclui a tipicidade da conduta por

ser a mesma aceita pela sociedade, ao passo que o princípio da insignificância exclui a tipicidade da conduta realizada, por ser a mesma ínfima, insignificante, não merecedora da sanção penal.

3. TIPICIDADE

Vencida a abordagem histórica e os princípios que informam e servem de base ao princípio da insignificância, iniciamos a abordagem referente aos fatores que se inclinam sobre a tipicidade, para se alcançar o entendimento de como o princípio da insignificância possibilita que condutas, ainda que formalmente típicas, podem ser afastadas da incidência da sanção penal a ser realizada pelo Estado, por não lesarem de forma significativa os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, reconhecendo assim a atipicidade de tais condutas para o Direito Penal.

3.1 CONCEITO

Visando apresentar e conceituar corretamente a tipicidade necessário de igual forma conceituar o tipo penal, bem como demonstrar a dissemelhança existente entre ambos os institutos.

De acordo com o ensinamento de Zaffaroni e Pierangeli:

“O Tipo Penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas)”. (2008, p. 383).

Assim temos que o tipo penal é a exposição abstrata do que é tido como uma conduta penalmente punível, sendo realizada em um momento antecedente, pois devido à premissa *nullum crimen sine lege*, para que a conduta seja passível de sofrer a censura penal, deve à mesma encontrar respaldo legal, por meio de previsão em lei, aí residindo à função do tipo penal, qual seja a descrição legal da conduta que se realizada será passível de sanção.

Sem embargo, a tipicidade se revela em um segundo momento, pois não tem por objetivo como o tipo penal descrever o que venha a ser crime, mas sim observar se a conduta realizada se amolda ao tipo penal, para que possa vir a incidir uma reprimenda penal sobre esta.

Não obstante, a tipicidade pode ser entendida e tem conceito formulado por Fernando Capez como:

“[...] a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal)”, ou seja, a tipicidade ocorre quando analisando uma conduta praticada, comparando suas características com a descrição do tipo penal, chega-se a conclusão que os fatores amoldaram-se a prescrição normativa, configurando assim a existência da prática de um delito. (2008, p.188).

Guilherme de Souza Nucci considera tipicidade como sendo:

“A adequação do fato ao tipo penal, ou em outras palavras, é o fenômeno representado pela confluência dos tipos concretos (fato do mundo real) e abstrato (fato do mundo normativo)”. (2008, p. 214).

Deste modo, apresentando os conceitos de tipo penal e tipicidade, não há o que se falar em igualdade entre os institutos, posto que se apresentam como instrumentos diversos entre si, tanto é assim que Zaffaroni e Pierangeli apresentam a diferenciação entre ambos, onde “o tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta”. Os mesmos autores pontuam finalizando a respeito do assunto, mencionando que “a tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal”. (2008, p.384).

Ainda em tempo o entendimento de Fábio A. Guaragni e Fernando M. M. Sobrinho, acerca do tipo penal e da tipicidade:

Fato típico é todo comportamento comissivo ou omissivo, provocado pelo homem, perfeitamente conexo à norma. Constituem elementos do fato típico: a conduta, o resultado, o nexa causal e a tipicidade. Isto é, crime é tudo aquilo e tão somente aquilo que a norma prevê como tal. Considerado em abstrato, crime é o fato típico, o modelo legal, a hipótese descrita no tipo penal. Em concreto, o crime é o fato que se encaixa no molde normativo. Em outras palavras, o fato típico é constituído pela descrição de um fato da vida humana, por uma norma incriminadora. Isto é, fato típico é o fato que apresenta uma característica específica, a característica específica da tipicidade.

A tipicidade é a subsunção do fato à norma. Ou seja, é a conformidade do fato ao tipo penal. Faz-se necessário distinguir tipo de tipicidade; tipo é uma figura resultante da imaginação do legislador, ao passo que o juízo de tipicidade é a averiguação que sobre uma conduta se efetua para saber se apresenta os caracteres imaginados pelo legislador.(2014, p. 399 e 400).

Com isso vencida a dicotomia existente entre o fato típico e a tipicidade, uma vez enfrentados os institutos e apresentados conceitos do que seja cada um, passemos a análise quanto à tipicidade formal e material.

3.2 TIPICIDADES FORMAL E MATERIAL

Uma vez delineado o que venha ser tipicidade, compete agora assinalar sobre os dois vértices que se abrem sobre o tema, ou seja, a tipicidade formal e material, sendo que a dicotomia existente entre os dois é que sustenta a legitimidade do princípio da insignificância vindo a pairar sobre a conduta típica, como proposito de permitir a exclusão da tipicidade e conseqüentemente do delito *lato sensu*.

Nesse sentido, afirma Hans Welzel,

Que a punição do comportamento humano está subordinada a uma subsunção de comportamento que preenche o tipo tanto formal quanto materialmente. Isso é, essa subsunção não será possível se a conduta realizar tão somente a descrição legal prevista no ordenamento e não fizer o conteúdo material do injusto, bastando para excluir certas lesões insignificantes. (La Teoria del Delito, 2003, p.31, *apud* Fábio A. Guaragni e Fernando M. M. Sobrinho, 2014, p. 401).

Por consequência, a tipicidade formal não é nada mais do que a correspondência entre o fato praticado e a letra da lei, é a conduta delitativa, seja ela comissiva ou omissiva a depender do que descreve o tipo, amoldada ao que prescreve o texto expresso e codificado da norma penal. Conforme salienta Ivan Luiz da Silva, “tipicidade formal, que consiste na mera adequação do fato realizado com a descrição abstratamente prevista”. (SILVA, 2010, P. 81).

Importante verificar que a tipicidade formal, embora se configurar pela simples correlação entre o fato praticado e a descrição abstrata da norma penal carece do acontecimento precedente de certos requisitos para sua configuração, como a existência de uma conduta humana (dolosa ou culposa), a ocorrência de um resultado naturalístico, assim como o nexu de causalidade, para que desta forma possa vir a ser aferida a sua existência.

Aduz Fábio A. Guaragni e Fernando M. M. Sobrinho que:

A tipicidade formal se encontra caracterizada pelo ajuste da conduta humana aos elementos do tipo legal do ilícito correspondente. Isto é, evidenciada a mera coincidência formal entre o fato real e a hipótese abstrata expressa no ordenamento penal caracteriza o fato como formalmente típico. O fato realmente insignificante é típico somente na aparência, mas não materialmente. (2014, p. 403).

De seu lado, a tipicidade material necessita para restar configurada não apenas a identidade da conduta ao disposto em lei, requerendo um cotejo valorativo da conduta e do resultado produzido, no fito de restar evidenciada a ocorrência de

lesividade e ofensa suficiente da conduta exarada, frente ao bem jurídico tutelado, para que se determine se é caso merecedor de sanção penal ou não.

Ivan Luiz da Silva explora bem o tema se referindo que “a concepção material da tipicidade penal consiste na exigência de a conduta típica ser concretamente lesiva ao bem jurídico tutelado em razão do conteúdo valorativo, verdadeiro modelo de conduta proibida, do tipo penal”. (2010, p. 80).

Depreende-se, que a tipicidade material requer um aprofundamento no estudo do ato praticado, para que seja possível aferir a real lesividade da conduta praticada e do resultado produzido que daquela decorre, uma vez que a tipicidade não pode limitar-se tão somente ao enquadramento do fato à norma, necessária a existência de verdadeira lesividade e ofensa da conduta levada a efeito frente ao bem jurídico penalmente tutelado. Segue o entendimento de Francisco de Assis Toledo, expondo que:

“Modernamente, porém, procura-se atribuir ao tipo, além desse sentido *formal*, um sentido *material*. Assim, a conduta, para ser crime, precisa ser *típica*, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito (*nullum crimen sine lege*). Não obstante, não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprováveis”. (1994, p. 130 – 131).

Logo, haja vista a moderna forma de se analisar a tipicidade, modelo este que coloca a disposição do intérprete da lei uma melhor estrutura para análise do caso concreto, buscando perquirir os reais tópicos que constituem uma conduta praticada, analisando não apenas o ato frente à letra codificada da lei penal, como também a real afetação do bem jurídico lesionado, nascendo à possibilidade de que através do vértice da tipicidade material, condutas que mesmo que formalmente típicas, não venham a ser sancionadas pelo Direito Penal, por não afetarem significativamente os bens jurídicos de maior relevância para a sociedade.

Beling alega que:

“se procura imputar ao tipo, além do seu aspecto formal, um sentido material. Dessa forma, a conduta, para ser considerada crime, precisa ser típica, deve estar ajustada formalmente a um tipo penal, e, além disso, para se falar em tipicidade, a conduta, a um só tempo, deve ser materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável”. (Beling, *apud* Francisco de Assis Toledo, 2002, p. 131).

Ivan Luiz da Silva vem legitimar o raciocínio acima transcrito ao afirmar que,

“portanto, o exercício do *jus puniendi* só se encontra legitimado quando tiver por função reprimir condutas materialmente lesivas ao bem

jurídico atacado, já que sua missão do Direito Penal é tutelar os bens jurídicos penalmente relevantes”. (2010, p. 80).

3.3 TIPICIDADE CONGLOBANTE

O que de sede ter em mente acerca da tipicidade, no que tange aos seus vértices formal e material, é que foi essa divisão interna realizada que possibilitou ao intérprete da lei, os operadores do direito como um todo, não mais aplicar de forma fria a norma penal, de forma indiscriminada, devendo para tanto observar os princípios, principalmente o da insignificância a fim de excluir da reprimenda criminal condutas típicas, que, contudo sejam de ínfima afetação para os bens jurídicos protegidos.

De forma lapidar e como pioneiro da ideia da tipicidade global ou conglobante Zaffaroni, que junto Pierangeli, passou a aduzir que “*a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal*, ao passo que pode excluir do âmbito típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas”. (2008, p.396).

Tais doutrinadores dão seguimento e incorporam o silogismo acerca da tipicidade conglobante, lecionando que:

“*A tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal (isto é, à adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma. Isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal*”. (2008, p. 474).

Concluindo o raciocínio, os referidos autores enfatizam que a correspondência entre a aplicação do princípio da insignificância e a tipicidade conglobante, arrematando que a insignificância da afetação ao bem jurídico penalmente tutelado exclui a tipicidade, apenas podendo ser estabelecida através do raciocínio conglobado da norma: qualquer ordem normativa acaba por buscar um fim, com um sentido, sendo este a garantia jurídica visando possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos).

Por fim observam que:

A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada. (2008, p. 485).

Tendo por objeto o raciocínio encampado pelos referidos autores, possível refletir que a tipicidade conglobante ou conglobada é aquilo que autoriza que o princípio da insignificância venha a incidir sobre condutas que, muito embora em um primeiro momento se mostrem formalmente típicas, uma vez analisadas sobre o vértice material da tipicidade, não são capazes de oferecer qualquer lesividade ou ofensa mais significativa aos bens jurídicos penalmente tutelados, a fim de se fazer necessária a incidência da reprimenda penal, pois apenas a configuração do vértice formal da tipicidade não retrata fundamento razoável para que se movimente a máquina pública como um todo, considerando que a sanção penal incidiria sobre uma conduta irrisória e desprezível.

Ratificando o raciocínio, Rogério Greco observa que:

“A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material)”. (2006, p. 166).

3.4 DESVALOR DA AÇÃO E O DESVALOR DO RESULTADO

Uma vez conceituada a tipicidade, e suas concepções, seguimos demonstrando as características do crime que necessitam de exame, para que seja reconhecido o cabimento do princípio da insignificância a fim de se ver excluída a tipicidade da conduta praticada, e uma vez reconhecido o princípio da insignificância a sanção penal não incidirá sobre o caso em concreto.

Sendo necessário para configurar uma figura típica penal, que esta venha representar alguma significância, ou seja, atingir de fato e de modo lesivo e intolerável os bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, nada mais sendo estes que os bens penais penalmente tutelados, devendo então constar tanto o desvalor da ação quanto o desvalor do resultado, pois ambos se prestam a aferir se o delito cometido possui relevância ou não para o Direito Penal. Neste ponto, Regis Prado vem a salientar que:

“para a fundamentação completa do injusto, faz-se necessária a coincidência ou congruência entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado, visto que a conduta humana só pode ser objeto de consideração do Direito Penal na totalidade de seus elementos subjetivos e objetivos”. (PRADO, 2008, p. 312).

Perceptível, que para que uma conduta seja tida como delitiva e venha a ser apreciada na seara Penal, deve esta contemplar a plenitude dos elementos subjetivos e objetivos do injusto penal, ou seja, devendo existir de forma concorrente o desvalor da ação e o desvalor do resultado na conduta delitiva levada a efeito, a fim de se concluir ser aquele delito realizado suscetível de receber sanção penal.

Em complemento temos a posição de Flávio Gomes:

“Desvalor da ação ou desvalor do resultado, ambos são imprescindíveis para o injusto penal. [...] Ambos são relevantes para a configuração da tipicidade em sentido material”. Desta forma, tendo em vista que a incidência do princípio da insignificância se dá sobre o viés material da tipicidade, pode-se constatar que tanto o desvalor da ação quanto o do resultado são os pontos a serem analisados na conduta delitiva, a fim de se aferir se a mesma é ínfima ou não para o Direito Penal. (2002, p.38).

Em tempo, necessário expor quanto o que vem a ser o tal desvalor da ação e o desvalor do resultado, nada mais sendo que aspectos do delito que possibilitam a incidência do princípio da insignificância e conseqüentemente levam a atipicidade da conduta, bem como por obvio a não aplicação de sanção penal. Tecendo neste sentido Ivan Luiz da Silva:

“Ocorre a insignificância do desvalor da ação quando a probabilidade da conduta realizada de lesionar ou pôr em perigo o bem jurídico tutelado apresenta-se material e juridicamente irrelevante, evidenciando que o grau de lesividade do fato típico praticado é qualitativa e quantitativamente ínfimo em relação ao bem jurídico atacado”. (2010, p. 153).

E segue o raciocínio mencionando que:

“por seu turno, a insignificância do desvalor do evento ocorre quando o resultado do ato praticado é de significado juridicamente irrelevante para o Direito Penal; a gravidade do dano provocado não chega sequer a pôr em perigo o bem jurídico atacado”. (2010, p. 153).

São estes aspectos do delito, desvalor da ação e desvalor do resultado, que determinam se a conduta praticada, ainda que formalmente típica, será ou não materialmente relevante para o Direito Penal, ao passo que uma vez constatada que a conduta não tem significativa relevância ou reprovabilidade perante a sociedade, ou que não produz um dano significativo ou ínfima lesão ao bem jurídico afetado, não estaremos diante de um crime, por ausência de tipicidade material e assim não se chegando a tipicidade conglobante, donde se extrai que o crime deve ser

formalmente e materialmente típico, ai incidindo sobre dada conduta o princípio da insignificância levando a conduta a atipicidade e afastando a sanção na seara penal.

Referindo-se o desvalor da ação é a valoração negativa atribuída a conduta do agente, enquanto que o desvalor do resultado é inferido da importância do bem jurídico atacado e da gravidade do dano provocado.

Por último, *en passant*, parte ínfima da doutrina sustenta que a culpabilidade estaria entre os aspectos que envolvem o delito e que devem examinados para se verificar se a conduta delitiva é ou não significativa para o Direito Penal, dentre eles Luis Flávio Gomes e Julio Fabbrini Mirabete, no entanto, para maioria da doutrina a culpabilidade deve ser analisada em momento futuro, ao passo que se a conduta for tida como atípica, não há delito, portanto não há que se falar em analisar a culpabilidade do agente. Visto se tratar de doutrina de pequena expressão neste sentido, não iremos tecer comentários neste sentido.

3.5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO EXCLUDENTE DE TIPICIDADE

Neste ponto teremos a conclusão de todo arrazoado desenvolvido até aqui, no que se refere ao princípio da insignificância, tendo em vista que já foram apresentados os seus fundamentos, bem como os aspectos que norteiam sua aplicação, sendo salutar apresentar de que o primado da insignificância, faz com que seja excluída a tipicidade penal.

Como dito outrora, o princípio da insignificância tem arrimo constitucional para sua aplicação, da mesma forma que são inúmeros os princípios constantes no Direito Penal que servem de sustentação indiscutível para a sua aplicação.

Sendo do saber comum que o Direito Penal é senão a *última ratio*, tutelando ainda os bens jurídicos mais caros a sociedade, apenas competindo ao Estado aplicar o *jus puniendi* quando os outros ramos do direito, vierem a se mostrar insuficientes para garantir a devida tutela a esses bens, servindo então o princípio da insignificância e aqueles que o informam de limitador ao operador do direito, quando da aplicação da reprimenda penal.

Com isso e observando que o Direito Penal se funda no caráter fragmentário e subsidiário, sem prejuízo do princípio da intervenção mínima, esse ramo só pode vir a ter incidência sobre aquelas condutas que sejam tidas como intoleráveis e de

fato lesivas aos bens jurídicos tidos como imprescindíveis para o convívio harmônico em sociedade. A luz disso, nos dias atuais, não mais se pode cogitar que uma conduta seja analisada apenas no seu vértice formal, com a mera adequação da conduta ao preceito primário do tipo. Sendo para se ter tipicidade de fato necessária a análise do aspecto material da tipicidade, pois só este é capaz de possibilitar a aferição verdadeira da lesividade da conduta, concluindo ser a mesma merecedora ou não da reprimenda estatal. Como bem observa Ivan Luiz da Silva, seguindo a linha da doutrina majoritária:

“O conteúdo jurídico do Princípio da Insignificância concretiza-se em sua função interpretativa do tipo penal, buscando atribuir-lhe um conteúdo material, pois não se pode admitir, em razão da natural imperfeição legislativa, que a acomodação típica seja realizada apenas de modo formal, sendo, portanto, mister reconhecer a concepção material do delito para justificar a utilidade e justiça da imposição da pena”. (2010, p. 112).

Premente o valor do princípio da insignificância, pois este serve como instrumento de interpretação com caráter restritivo em auxílio ao operador do direito, permitindo com isso ao Direito Penal que venha exercer sua real função, qual seja de sancionar aquelas condutas delitivas que são realmente lesivas aos bens jurídicos mais importantes, contemplando assim seu vértice constitucional na aplicação de penas na medida da premissa *nullum crimen sine lege*, e aí a norma penal deve ser interpretada de forma restrita e não abrangente.

Vem então o princípio da insignificância a excluir a tipicidade da conduta penalmente insignificante, considerando assim aquela que atinge infimamente o bem jurídico tutelado, pois por mais que uma conduta seja tida como típica, se for realizada uma análise sobre sua real lesividade levando tendo por base o aspecto material da tipicidade resta evidente que esta é insignificante, no que tange ao desvalor da conduta e o desvalor do resultado, não deve sobre esta conduta incidir uma pena devido à desproporcionalidade que se teria, pelo simples fato de que o Direito Penal, não deve se ocupar de ninharias.

Embora porção considerável da doutrina entenda que o princípio da insignificância se debruça sobre a tipicidade da conduta, existem aqueles doutrinadores que o entendem estar o princípio da insignificância voltado para excluir a antijuridicidade e até mesmo alguns entendendo como causa excludente de culpabilidade, todavia esses entendimentos não são dignos de eco, alinhado com o já exposto, o princípio em comento deve incidir a lesividade material da conduta

praticada, em que se examina o quesito tipicidade, e uma vez constatada se tratar de ínfima a conduta delitiva praticada, não se deve prosseguir na análise dos demais aspectos que envolvem o injusto penal, como a antijuridicidade e culpabilidade, devendo aí ser considerada conduta atípica, não havendo crime e sequer pena. Também é entendimento de Rogério Greco:

“o princípio da insignificância, portanto, em que pesem as posições em contrário, *permissa venia*, tem por finalidade afastar a tipicidade do fato, não permitindo que o intérprete ingresse no estudo das características seguintes que integram a infração penal, vale dizer, a ilicitude e a culpabilidade”. (2005, p.102).

Diante disso, possível asseverar que o princípio da insignificância possui uma importante função de interpretar de modo restritivo a norma penal, levando assim a exclusão da tipicidade da conduta sempre que restar evidente que esta mesmo típica formalmente é senão materialmente insignificante, não sendo assim merecedora de sanção criminal, de modo a não banalizar o Direito Penal.

4. APLICABILIDADE ATUAL DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Necessário trazer a baila como tem sido o entendimento dos Tribunais Superiores do Brasil, com relação ao princípio da insignificância, perquirindo quais os requisitos, para que seja este reconhecido no caso concreto e qual o impacto que isso tem gerado, não menos importante analisando casos em concreto e com isso podendo observar a dicotomia existente hoje entre Supremo Tribunal Federal e Superior de Tribunal de Justiça, mesmo partilhando os tribunais do mesmo entendimento quanto aos requisitos do primado da insignificância.

4.1 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA APRESENTADOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Aquilo que os Tribunais Superiores decidem em seus julgamentos, como é do saber comum, acaba por servir de base a todos os demais entes que compõe a justiça pátria, de forma a se tornar jurisprudência, que vai permear e fundamentar decisões proferidas em esferas inferiores do Judiciário, diante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça que tem construindo base sólida e fundamentadora ao que atine ao princípio da insignificância.

Muito embora o princípio da insignificância venha sendo aplicado ao longo dos anos, descaracterizando a tipicidade da conduta pelos Tribunais Superiores, é de bom alvitre exaltar que o referido princípio somente veio a receber fundamentação objetiva, traçando os requisitos para sua aplicação, com Acórdão proferido pela Segunda Turma do STF no ano de 2004, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, que apreciando o HC 84412 advindo do Estado de São Paulo. Acabou por fixar entendimento de que o referido princípio deve ser invocado para o fim de considerar atípica toda aquela conduta que se apresente infimamente lesiva ao bem jurídico tutelado, além de asseverar quais os requisitos que devem estar presentes para caracterizar a atipicidade da conduta. Ilustrando segue o HC 84412, da Relatoria do Ministro Celso de Mello:

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

Pois bem, com isso o STF vem a partir do julgado apresentado ratificar e demonstrar seu posicionamento, com relação ao princípio da insignificância,

demonstrando que uma conduta embora seja típica formalmente falando, não é carente de sanção penal se não ofender ainda que de forma mínima e lesiva de fato o bem jurídico penalmente tutelado. O que se pode extrair, daquelas premissas que informam a Seara Penal, quais sejam os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e ainda a subsidiariedade, por se tratar o Direito Penal da *ultima ratio*, que só deve ser invocado, quando os demais ramos do direito não se mostrarem capazes de recompor o direito ora violado.

O entendimento firmado pelo STF sobre o princípio em comento veio estabelecer para a caracterização da insignificância de uma conduta e conseqüentemente a descaracterização da tipicidade do ato, quatro requisitos essenciais, quais sejam: (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.

Diante desse quadro e dos requisitos impostos, para reconhecimento da atipicidade da conduta insignificante, necessário será estar diante do caso concreto e aí estando, perquirir a lesividade da conduta, o desvalor da ação e o desvalor do resultado, só então podendo concluir pela insignificância da conduta e uma vez excluída a tipicidade, pelos motivos retro mencionados, não havendo crime, pelo não preenchimento da figura típica, conseqüentemente se afasta a sanção penal.

O Superior Tribunal de Justiça por sua vez, em eleição ao entendimento do STF, também acaba por se valer do princípio da insignificância em seus julgados, como meio para ver afastada a tipicidade de condutas que não afetam minimamente os bens jurídicos tutelados, não se revestindo tais condutas de lesividade significativa a fim de sofrerem a reprimenda penal.

O STJ acaba por delimitar aqueles mesmos requisitos do STF para embasar a incidência do princípio da insignificância sobre condutas delitivas ínfimas, o que resta em evidencia a partir do Acórdão proferido pela Quinta Turma do respectivo Tribunal, quando do julgamento do HC 118203 proveniente do Estado de Minas Gerais em 2010, de Relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima:

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. PREJUÍZO DE R\$ 30,00.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a

dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima. 2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico. 3. A conduta delituosa praticada pelo paciente, que resultou prejuízo de R\$ 30,00 à vítima, embora se amolde à definição jurídica do crime de estelionato, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de sanção penal, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva.

Pode se observar que assim como o STF o STJ tem pacificado o entendimento de que o princípio da insignificância deve ser utilizado como forma de descaracterizar a tipicidade de certas condutas delitivas, vez que ausente o vértice material da tipicidade por não apresentarem um desvalor da ação ou desvalor de resultado significativo ao ponto de ser necessária a sanção penal, devendo tais condutas serem guindadas a atipicidade e não merecedoras da incidência do Direito Penal.

Observando ainda o julgado realizado pelo STJ, pode-se evidenciar que a aplicação do princípio da insignificância vem sendo caracterizado como Teoria Constitucional do Delito, isto devido ao fato de que a aplicação do referido princípio vem a propiciar que os direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, sejam realmente estendidos e utilizados por todos.

4.2 DICOTOMIA ENTRE STF E STJ NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Muito embora, tenhamos que ambos os tribunais superiores STF e STJ se valham dos mesmos requisitos, para o reconhecimento e aplicação do princípio da insignificância, na praxe forense o mesmo não ocorre, de modo a ilustrar tal conclusão, passemos a análise de alguns julgados de ambas as cortes.

Em primeiro lugar o presente trabalho não se presta a questionar o duto entendimento das cortes, todavia apenas de forma didática ira abordar a forma e o entendimento esposado pelos tribunais, quando do julgamento de recentes casos concretos levados ao crivo do STJ e STF.

Primeiramente em fevereiro do corrente ano o STF acabou por reformar acórdão proferido pela 5ª Turma do STJ, quando do julgamento do HC 138.697 / Minas Gerais, A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, reformou decisão do Superior Tribunal de Justiça e concedeu a ordem, determinando o trancamento do processo em que o réu era acusado de furto de um telefone celular, avaliado no valor de R\$ 90,00.

A 5ª Turma do STJ havia determinado a execução imediata da pena sob a alegação de que o celular tinha um valor superior a 10% do salário mínimo, além de ser reincidente o acusado. O Ministério Público Federal, naquela oportunidade, acolhia a mesma tese.

O voto do relator do caso no STF, Ministro **Ricardo Lewandowski**, foi em sentido contrário, tendo sido acompanhado pelos demais integrantes da Turma. Agora, e mais uma vez, prevaleceu a tese de que a reincidência, por si só, não impede a aplicação do princípio da insignificância. Em seu voto, Lewandowski afirmou:

“Destarte, ao perceber que não se reconheceu a aplicação do princípio da insignificância, tendo por fundamento uma única condenação anterior, na qual o ora paciente foi identificado como mero usuário, entendo que ao caso em espécie, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido, a ausência de prejuízo ao ofendido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta.”

Aliás, este entendimento já havia sido exposto pela mesma 2ª Turma em um Habeas Corpus 137.290, julgado em fevereiro deste ano. Na ocasião, por maioria de votos, concedeu-se a ordem para reconhecer a atipicidade da conduta da paciente que havia tentado subtrair de um supermercado dois frascos de desodorante e cinco frascos de goma de mascar, avaliados em R\$ 42,00, mesmo o paciente possuindo registros criminais. Sob o argumento de que a vigilância do mercado apesar de ter visualizado a subtração ainda deixou que a paciente saísse do estabelecimento para então lhe dar a voz de prisão em flagrante.

Com isso se vislumbra além da plena ignorância ao primado da insignificância a falta de razoabilidade do STJ quando da análise de condutas tidas em última análise como insignificantes, tendo então que casos como os acima referidos do HC 138.697 e HC 137.290, terem que chegar ao STF, para então ser reconhecida a

atipicidade das condutas, com fundamento no princípio da insignificância, reformando respectivamente o RESP 1.585.687/MG e RHC 48.628/MG julgados pelo STJ, negando provimento aos recursos e não reconhecendo a incidência do princípio da insignificância.

Importante trazer a lume o pensamento do saudoso penalista e Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Francisco de Assis Toledo, já ensinava que, nada obstante Welzel considerar que

“o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes”, Claus Roxin “propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos defendendo. 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.”(1994, p.43)

4.3 CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DIVERGENTE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Em decorrência da falta de razoabilidade nos julgamentos de casos em se mostra latente a insignificância da conduta e, por conseguinte sua atipicidade material, se vemos diante da chamada hipertrofia do Direito Penal, o qual deveria ser a *ultima ratio*, o ultimo soldado do Estado a ser chamado, todavia tem se mostrado como solução para todos os casos, assoberbando os tribunais superiores com condutas que sequer mereciam a sanção penal.

Todos os dias a imprensa nacional publica notícias, em razão de prisões por crimes de bagatela, demonstrando na prática a injustiça por parte do Estado geralmente, seguida da afirmação “de que o Estado só prende pobre, o ladrão de galinha; enquanto alguns parlamentares e chefe de governo furtam milhões e continuam impunes” por outro lado isso tal afirmação não é de um todo absurda, ao passo que no ano de 2016 uma mulher foi condenada a pena superior de pelo menos 06 (seis) réus condenados na Operação Lava-Jato.

A seletividade é sem duvida uma das características do sistema penal, todavia, não se confunde, com o jargão popular: "quem rouba um tostão é ladrão,

quem rouba um milhão é barão". Correto seria que a punição por esse tipo de crime insignificante, deve-se mais ao desconhecimento do direito penal do que à própria parcialidade do sistema.

Conforme a teoria do Direito Penal mínimo, a prisão somente deve ser utilizada quando não causar mal maior na sociedade, ou seja o remédio não pode ser maior que o mal que ele combate, como outrora já decidiu o Colendo STF:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDOTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. CRIME MILITAR

1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, **capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social.**

2. **O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se aperfeiçoa com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrera lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido.** [...] (HC 107638 PE , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 13/09/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-187 DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011).

Quando o Estado leva a efeito uma punição por conta da pratica de um crime insignificante, corre o risco de estar ensejando o engajamento do apenado a uma empreitada criminosa, reverberando em um mal ainda maior para sociedade. Com isso ao invés de promover a pacificação social e diminuir o risco, acaba por dar ensejo a novas condutas que ai sim possivelmente irão configurar um crime na sua perfeita definição.

Diante disso, a doutrina sabedora dessa situação, capitaneada pelo Saudoso e já mencionado Claus Roxin acabou por elaborar e aperfeiçoar, na teoria do delito, o princípio da insignificância, que condiciona a existência do crime à gravidade da conduta praticada. Porquanto, se essa gravidade não tem relevância penal, embora a conduta continue sendo proibida, o que não mais se exige é a aplicação da pena de prisão. O ilícito passa ser de natureza apenas civil, é o que devia ser aplicado, todavia não é o que ocorre.

E inquestionável que no Brasil, o princípio da insignificância está consagrado no direito penal, tanto por orientação jurisprudencial como por interpretação doutrinária, sendo a prisão por crime de bagatela decorrente unicamente do desconhecimento do direito penal. E Não há como manter preso alguém, que veio a

furtar um celular avaliado em R\$ 90,00 (noventa reais), ainda que a conduta seja formalmente típica.

Poderiam passar despercebidas as prisões dessa natureza, caso fossem raras exceções, mas não são, pois temos pleno conhecimento de que hoje no Brasil todos os dias ocorrem prisões em flagrante pelo furto de uma cebola, uma cabeça de alho e um tablete de caldo de carne, de dois homens que furtaram duas melancias, furto de um o xampu e muitos outros casos, como já demonstrados no bojo do presente trabalho.

Gerando em consequência do anteriormente exposto uma falsa percepção daquela que é a finalidade última do Direito Penal e *persecutio criminis*, bem como do *jus puniendi*, que somente deve ser levado a cabo em circunstâncias necessárias e de fato ensejadores desse braço estatal tão caro a sociedade. Todavia por conta dessa exasperação atual do Direito Penal, acaba que aquilo que de fato merecia sofrer sanção penal não o sofre e aquilo que não deveria ter tal incidência, acaba por padecer da reprimenda criminal.

5. ECONOMIA E DIREITO

A ligação entre Direito e Economia, embora conhecida e de relevante importância, historicamente parece não ter recebido a devida e completa atenção por parte dos operadores do direito nacional. Não deixando de reconhecer a preponderância da ciência econômica nos campos do Direito Financeiro e Econômico, uma das poucas áreas que essa ligação se mostra latente, com isso passa a análise econômica do direito a ganhar grande espaço no cenário jurídico nacional, se aplicando aos mais distintos ramos do direito pátrio.

Tal análise consiste em nada mais sendo que a utilização das ferramentas próprias da economia sobre as normas jurídicas, passando a dar um novo fundo ao ordenamento jurídico e ainda o reinterpretando conforme os ditames da economia e em conformidade com as escolhas racionais para que se efetivamente compreenda os efeitos daquelas, assinalando também as consequências indesejáveis ou involuntárias que possam ocorrer. Assim, tenta-se explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, além de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema.

Desta feita, o que se quer com a análise econômica do direito ou uma visão econômica das questões que dizem respeito ao direito é uma melhor seleção dos meios, para ver o direito aplicado de fato e ainda qual o meio menos oneroso ao Estado, para aplicar essa justiça.

Portanto, é importante que a análise econômica do direito tenha avanço no Brasil. Todavia, não se pode delegar a ela a determinação dos objetivos perseguidos pelo Direito para a realização de justiça (social), uma vez que em seu conteúdo está, naturalmente, a promoção mais eficaz e efetiva de um objetivo já pré-determinado.

Pois bem, conceituada essa relação entre direito e economia, passemos a parte final do presente que visa demonstrar a importância de se analisar a economia, até mesmo quando da aplicação do Direito Penal no caso concreto.

5.1 ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO EM DETRIMENTO DE CONDUTAS ATÍPICAS PELO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Ora se pela análise econômica do direito como visto acima este ramo da sociedade deve se valer dos meios necessários para sua efetivação e ainda devendo priorizar o meio menos oneroso ao Estado, temos que o não reconhecimento da atipicidade de condutas, por conta do princípio da insignificância tem gerado imenso ônus ao Estado, quando da aplicação desnecessária da reprimenda criminal, senão vejamos.

Não é mais segredo que a justiça brasileira como um todo é uma das mais caras do mundo, senão a mais cara, devido a grande litigiosidade hoje instalada em solo nacional.

Diante disso ao se consultar os dados do anuário estático Justiça em Números de 2016, divulgado no sítio do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, se observa que o Poder Judiciário Brasileiro fechou o ano de 2015, com não menos que 74 (setenta e quatro) milhões de processos em andamento. O que demonstra o tamanho da demanda hoje existente, mas que não pode deixar o Poder Judiciário a mercê de se tornar uma empresa apta a apenas cumprir metas e zerar pilhas ou reduzir números, ao passo que por trás de cada número existe ao menos uma pessoa interessada e uma vida em jogo, independente da natureza jurídica da questão controvertida.

Por outro lado, ao fazer breve consulta ao sítio do STF acerca do processos que envolvam princípio da insignificância é possível visualizar entre os anos de 2011 e 2017, 674 (seiscentos e setenta e quatro) processos findos, com acórdão proferido, em regra reformando decisões proferidas pelo STJ que deixa de reconhecer o primado da insignificância e com isso, faz com que a questão se estenda até o pretório Excelsior, sem contar os processos que aguardam julgamento e aqueles que se encontram represados nos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e quiça juiz de primeiro grau.

Segundo o CNJ um processo em média tem o custo global de R\$ 2.369,73 isso multiplicado por 674 que se refere ao número de processos que chegaram apenas e tão somente ao STF conforme já mencionado, acabou por gerar um custo de R\$ 1.597.198,02 (um milhão quinhentos e noventa e sete mil e cento e noventa e oito reais e dois centavos). Se comparado esse valor, com o valor em pecúnia das condutas que ensejam esses julgamentos, como por exemplo o furto de um aparelho celular de R\$ 90,00 (noventa reais), se mostra desarrazoada a sanção criminal e esse dispêndio de dinheiro público, visando perquirir e punir tão pouco.

Dessa forma estamos diante de um mal direcionamento do *jus puniendi*, quando acaba por perseguir e aplicar reprimenda criminal a condutas de ínfima significância e duvidosa existência no que tange ao vértice material da tipicidade, pelos motivos e fundamentos amplamente retratados.

Outrossim, se buscou demonstrar que ao conhecer e julgar causas com essa tônica o STF ainda acaba por perder a sua finalidade ultima, qual seja aquela estampada na Constituição Federal de 1988, de guarda da Constituição. Sem contar o dispêndio de tempo que demanda a análise de um processo seja ele de natureza insignificante ou não. O que se deve ter mente a par disso é que talvez seja hora de repensar e aplicar com mais parcimônia o *jus puniendi*, trazendo de fato ao Direito Penal seu caráter fragmentário, subsidiário e aplica-lo como sendo a *ultima ratio*, visando não só conferir o direito, como aplicar de modo racional os recursos. No caso acionar o Poder Judiciário e máquina pública, para questões de fato importantes.

E quando da ocorrência deste tipo de conduta criminal insignificante seu reconhecimento desde logo, de modo a evitar injustiças e promover economia ao erário.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto o presente trabalho, buscou ainda que timidamente evidenciar a importância de pacificar um entendimento jurisprudencial em harmonia com os princípios gerais do direito, em especial com um dos princípios informadores e basilares do Direito Penal, qual seja o princípio da insignificância, objeto deste arrazoado. A partir disso, proteger direitos, realizando justiça e proporcionando segurança jurídica a todos, reconhecendo à atipicidade das condutas materialmente insignificantes, assim entendidas a luz da tipicidade conglobante que envolve o vértice formal e material da tipicidade.

Tendo ainda que o Direito Penal moderno se caracteriza como sendo a *ultima ratio*, evidenciando o caráter fragmentário e subsidiário desse ramo do direito, esclarecendo, portanto, que ele só deve ser instado no último momento, quando nenhum outro ramo seja capaz de tutelar e zelar pelo direito ora violado. Caracterizando assim a intervenção mínima que deve ser típica do Direito Penal, deixando de apresentar e impor reprimenda criminal sobre condutas que não preencham a tipicidade em toda sua complexidade, deixando de tutelar condutas infimamente delitivas e que se quer chegam a ofender o bem jurídico tutelado.

Corroborando com tal entendimento, temos Muñoz Conde, que por sua vez leciona que,

Nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal, repito mais uma vez, se limita a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter mais „fragmentário“, pois de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância. (1975, p. 71-72.).

Diante disso, percebe-se que o referido princípio, idealizado modernamente por Claus Roxin, tem como objetivo exigir a apreciação e aplicação efetiva dos demais princípios que norteiam o Direito Penal Moderno, para que não se desvirtuem a definição dada aos mesmos, como por exemplo, o princípio da legalidade, de maneira que a norma penal não tenha um alcance maior do que aquele para a qual foi criada.

Pode ainda ser evidenciado, que o princípio da insignificância possibilita que o Judiciário volte todo seu aparato para resolução de delitos que realmente causem

lesão aos bens jurídicos penalmente tutelados e não a um furto de celular avaliado em R\$ 90,00 (noventa reais), ou ainda a prisão e condenação de uma mãe que furtou ovos de chocolate a uma pena com patamar superior a réus da Operação Lava-Jato, não devendo voltar seus olhos a causas como essa, quanto mais deixar que tais condutas cheguem a apreciação do *pretório Excelsior*, importando além da morosidade em gasto desnecessário, onerando o Erário, com questões que se quer mereciam o crivo dos Tribunais Superiores.

Quando se pensa em uso otimizado da mão de obra e dos insumos, a partir de análise econômica se visualiza a ocorrência de uma estratosférica inversão e aí toma corpo o jargão popular “justiça só serve para os pobres”.

Destarte, tudo o que foi abordado a respeito do princípio mencionado, vem a ser ratificado ao que se refere à solidez em torno da argumentação e fundamentação utilizada, quando se remete ao capítulo deste trabalho que apresenta a visão do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, pois ambos os Tribunais não só reconhecem a sua aplicação, como já pacificaram o entendimento a respeito dos requisitos que se fazem necessários no caso concreto para sua aplicação, muito embora os Ministros do próprio STJ, quando do julgamento de casos concretos, acabam por ignorar a matéria objeto deste trabalho e com isso abarrotam o STF de causas insignificantes, gerando gastos desnecessários.

Ilustrando a digressão anterior, temos mais um dos tantos julgamentos do STF que reforma acórdãos proferidos pelo Colendo STJ, que nega provimento a questões envolvendo o princípio da insignificância, inobstante seja este reconhecido no seio daquele tribunal, *in verbis*,

EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE FURTO. LIVROS DE BIBLIOTECA DE UNIVERSIDADE FEDERAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. O valor irrisório dos bens furtados – cinco livros da Biblioteca de Universidade Federal – , a restituição do objeto do crime à vítima, a ausência de violência, de grave ameaça ou de circunstâncias desfavoráveis, autorizam, na hipótese, a aplicação do princípio da insignificância com o trancamento da ação penal. 3. Ordem concedida. (STF - HC: 116754 CE , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 05/11/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-240 DIVULG 05-12-2013 PUBLIC 06-12-2013)

Vênia aos juristas que apresentam resistência acerca da aplicação do princípio da insignificância, não há como negar ser o Direito Penal responsável por tutelar somente os bens jurídicos mais importantes, sendo assim com a aplicação do mencionado princípio, a reprimenda penal passa a não incidir sobre conflitos ínfimos, onde os demais ramos do direito sejam capazes de prestar a tutela almejada.

Concluindo, ainda resta muito por fazer, é tempo de caos na justiça criminal, é tempo de renovar paradigmas, é momento de rever posicionamentos, e é diante da sociedade, que há o dever do sistema jurídico velar pela interpretação e aplicação das normas, dos princípios bem como dirimir conflitos conforme a LEI e entendimentos jurisprudenciais, ainda por proteger o erário que se encontra cada dias mais dilapidado, seja pela corrupção instituída em solo nacional ou pelo gasto desnecessário de recursos, com o que nem deveria chegar aos tribunais.

No caso do princípio da insignificância é necessária uma conscientização *in totum*, de todos aqueles órgãos que compõem a justiça criminal, visando uma unificação no que tange ao reconhecimento e aplicação do referido primado.

Conforme aduz Nucci:

O direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*). O direito penal é considerado *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator. (2008, p. 93)

Por outro lado como se viu o principio da insignificância teve um longo caminho a ser percorrido para ter sua validade a aplicabilidade não apenas no sistema jurídico brasileiro, como no mundo e uma conquista tão cara a sociedade ao longo dos anos, não podendo ser isso ignorado e jogado fora por entendimentos diversos dos tribunais e com isso levando pessoas que cometeram condutas insignificantes as mazelas que uma prisão trás aos que a ela são submetidos.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *Princípios Constitucionais Brasileiros*. Revista Jurídica Themis. nº 7. Curitiba: 1991.

BENETI, Sidnei Agostinho. *A Constituição e o Sistema Penal*. Revista Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, 1992.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum. 24. ed. Acadêmico de Direito. São Paulo Rideel, 2017.

BRASIL. *Código Penal*. Vade Mecum. 24. ed. Acadêmico de Direito. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Princípio da Insignificância. Habeas Corpus nº 84412. Superior Tribunal de Justiça a Bill Cleiton Cristovão. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 19 de outubro de 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84412&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>, acesso em 22/08/2017 as 11:04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Princípio da Insignificância. Habeas Corpus nº 107638. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Primeira Turma. Julgado em 29 de setembro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1480979>, acesso em 15/08/2017 as 10:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Princípio da Insignificância. Habeas Corpus nº 116754. Relatora Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 05 de novembro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4988196>, acesso em 15/08/2017 as 09:04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Princípio da Insignificância. Habeas Corpus nº 138697. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgado em 02 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/135345242/processo-n-138697-do-stf>, acesso em 15/08/2017 as 09:50.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Princípio da Insignificância. Habeas Corpus nº

137290. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgado em 28 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/127930513/processo-n-137290-do-stf>, acesso em 15/08/2017 as 09:50.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Estelionato. Prejuízo de R\$ 30,00. Aplicação do Princípio da Insignificância. Habeas Corpus nº 118203. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a Valter de Souza. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgado em 23 de março de 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 03 de maio de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802245321&dt_publicacao=03/05/2010, acesso em 22/08/2017 as 10:30.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Alamedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v 1.

DOTTI, René Ariel. *As Bases Constitucionais do Direito Penal Democrático*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1985, v.22.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUARAGNI, Fábio André. *As Teorias da Conduta em Direito Penal, um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v 6.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v 2.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. Niterói: Impetus, 2005. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v 1.

HESSE, Konrad. *Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MAÑAS, Carlos Vico. *O Princípio da insignificância Como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*. 4. ed. ver. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – arts. 1º a 120*. 8. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v 1.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal: Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*. 2. ed. ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

REBELO, José Henrique Guaracy. *Princípio da Insignificância: interpretação jurisprudencial*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega Universidade – Direito e Ciência Jurídica, 1986.

SANGUINÉ, Odone. *Observações Sobre o Princípio da Insignificância*. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 1990.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 1. ed. (ano 2004), 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V 1.