



EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Princípio da Insignificância: Uma Abordagem Crítica dos Parâmetros Utilizados pela
Jurisprudência

Ana Beatriz dos Santos Mello

Rio de Janeiro
2009



ANA BEATRIZ DOS SANTOS MELLO

Princípio da Insignificância: Uma Abordagem Crítica dos Parâmetros Utilizados pela
Jurisprudência

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof.^a Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof.^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

[Digite texto]



PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DOS PARÂMETROS UTILIZADOS PELA JURISPRUDÊNCIA

Ana Beatriz dos Santos Mello

Graduada em Direito pela Universidade
Estácio de Sá, em 2005. Funcionária Pública.

Resumo: Buscar-se-á parâmetros objetivos para aplicação do princípio da insignificância, uma vez que ao longo do tempo a utilização reiterada do instituto nos julgados promoveu um desequilíbrio na aplicação dos tipos penais. Em se tratando de Direito Penal, a estrita legalidade é garantida não só para o infrator, como também para a sociedade, que espera através da resposta do Judiciário o desestímulo ao comportamento ilícito. A incidência pretérita, adstrita aos crimes patrimoniais, nos dias atuais alberga condutas lesivas à incolumidade pública, à Administração Pública e à Ordem Tributária. Nessa linha de perspectiva, há de se observar a mudança de paradigma da incidência do princípio e o equilíbrio do Sistema Penal. Isso porque, as situações econômicas e sociais ao longo do país não guardam similitude, o que demanda um estudo do caso concreto, especificamente, no que tange à essência da lesão ínfima, sob o prisma da vítima - percepção dos reflexos do crime em sua situação econômica, psíquica e social – que não pode ser elidida do Direito Penal.

Sumário: I – Introdução. II – Desenvolvimento. 1 - Princípios Penais; 2 - Conceito de Crime; 3 - Ilicitude Formal e Ilicitude Material; 4 - Princípio da Insignificância; 5 - Análise da Jurisprudência. III – Considerações Finais. IV – Referências.

I - INTRODUÇÃO:

[Digite texto]

O presente trabalho tem por escopo fazer uma abordagem crítica dos parâmetros utilizados pela jurisprudência para aplicação do princípio da insignificância. O princípio, sistematizado por Claus Roxin para servir de esteio aos “delitos de bagatela”, crimes ocorridos no período pós-guerra, estava intimamente ligado à lesão patrimonial e, promove a descriminalização de condutas formalmente típicas, mas minimamente lesivas.

A jurisprudência do STF firmou em julgado (HC 84.412/SP) os requisitos objetivos para sua aplicação, quais sejam, mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Esses requisitos serviam de base para rechaçar a pretensão de absolvição dos agentes denunciados por porte de substância entorpecente.

Em decisão posterior (HC 94.524/DF), o mesmo órgão julgador utilizou esses requisitos - somados ao princípio da dignidade da pessoa humana - para elidir o princípio da especialidade, afastando a incidência do Código Castrense, em prol da aplicação de norma cujo preceito secundário afigura-se mais brando ao infrator (Lei 11.343/06). Não obstante, através do princípio da insignificância, despenalizou-se o uso e porte de droga.

Objetiva-se trazer a discussão sobre a possibilidade de utilizar o instituto em crimes de perigo presumido, haja vista que a nova lei, apesar de mais branda para o usuário, não chancelou uma *abolitio criminis*, ao contrário, incluiu a conduta no capítulo intitulado “dos crimes e das penas”, demonstrando que subsiste o interesse estatal na criminalização daquela.

Com suporte nessa decisão, buscar-se-á sopesar os efeitos da aplicação do princípio da bagatela para o Estado, assim como a insuficiência dos requisitos fixados pela jurisprudência para salvaguardar a aplicação justa do Direito Penal. Analisar-se-á, ainda, os

crimes que comportam sua incidência, e a situação social, econômica e psíquica da vítima como fator de influência na mínima lesividade.

Como metodologia, esse artigo adota o tipo de pesquisa qualitativa, parcialmente exploratória.

II - DESENVOLVIMENTO:

1 - Princípios Penais

“No princípio era o verbo”. A semântica da palavra remete o leitor direto à origem, e é isso que os princípios representam: a premissa maior, a gênese do Direito Positivo. Nessa linha de perspectiva, resta claro que ao buscar o fundamento natural das normas positivadas no ordenamento jurídico penal pátrio, estar-se-á perquirindo não só acerca das diretrizes norteadoras para a construção da norma legislada, como também da norma concreta. Em se tratando de Direito Penal, certo afirmar a existência de uma infinidade de princípios imprescindíveis a legitimar o castigo do homem pelo homem. No entanto, o capítulo limitar-se-á aos indispensáveis para o presente trabalho, quais sejam, princípio da legalidade, princípio da intervenção mínima, princípio da culpabilidade, princípio da lesividade e princípio da proporcionalidade.

O princípio da legalidade nasce, em 1.215, na *Magna Charta Libertatum*, documento oriundo de vozes dissonantes do poder ilimitado dado aos monarcas, como expressão da necessidade do homem de antever seu futuro próximo, sem estar sujeito à

[Digite texto]

vontade torpe do Estado. No Direito Penal, está contido na máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* (artigo 5º, XXXIX, da CF), na qual se certifica ao cidadão que a tipicidade da conduta está adstrita à lei, criada em observância ao devido processo legal legislativo, contando com a anuência da sociedade, como observou Cesare Beccaria, em sua consagrada obra, *Dos Delitos e Das Penas* (2008, página 56), que “só as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social”.

Do princípio da legalidade extraem-se outras proteções individuais. Como desdobramento lógico, não se pode agravar ou incriminar comportamentos anteriores à lei. Veda-se, assim, a retroatividade da lei penal incriminadora em prejuízo ao réu, seja nos parâmetros de punibilidade (tipo penal, justificações ou exculpações), seja no efeito da condenação (penas, condições de punibilidade e causas extintivas de punibilidade), pelo que a conduta reger-se-á pela *lex praevia*.

Ademais, conduta e pena são matérias afetas à lei, fruto de um processo legislativo, não comportando ajuste do tipo pelo costume, tampouco interpretação subjetiva do magistrado, o que importa numa variação do tipo penal, como ressalva Kelsen: “A atribuição de significados fundados no espírito da lei encobre a criação judicial de direito novo, mediante juízos de probabilidade da psicologia individual” (Santos. 2008, página 22). Cogente, portanto, a exigência de *lex scripta*.

Como corolário, destaca-se a vedação à analogia *in malam partem*, a inibir a criminalização de outras condutas por extensão do tipo penal, pois a subsunção ocorre tão-somente através de *lex stricta*. Seguindo essa lógica, a proteção se estende também na vedação de tipos penais abertos, porquanto indefinidos e obscuros, a dificultar ao cidadão a compreensão do desvalor da conduta, mister *lex certa*. É de se concluir, em linhas gerais, que

[Digite texto]

o princípio da legalidade abarca outros dois princípios, a saber: anterioridade da lei penal incriminadora e reserva legal.

O princípio da culpabilidade é o juízo de censura que recai sobre o tipo de injusto. Conquanto se ocupe o princípio da legalidade com o fato típico e a antijuridicidade, a culpabilidade ingressa na infração como juízo de reprovação das circunstâncias, pois pressupõe um conhecimento do desvalor da conduta. Sopesa-se a possibilidade do agente naquela situação atuar na forma do direito. Conforme assevera Rogério Greco, este princípio possui três sentidos fundamentais: no primeiro, a culpabilidade é elemento integrante do conceito analítico de crime, ou seja, uma vez verificada a prática do injusto penal (fato típico e antijurídico), passa-se à análise da culpabilidade com escopo de caracterizar a infração penal (2006, página 93).

No segundo, a culpabilidade atua como princípio mensurador da pena. Assim, uma vez verificada existência de fato típico, antijurídico e culpável, deve o julgador fixar a pena segundo as regras estabelecidas no critério trifásico (artigo 68 do CP), ocupando-se, de pronto, da pena-base com fundamento precípua na culpabilidade do agente, nos termos do artigo 59 do CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima (...) estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Deduz-se do texto legal que, é a culpabilidade a primeira circunstância exigida pelo legislador para graduar a sanção penal.

Por fim, tem-se o princípio da culpabilidade como óbice à responsabilidade penal objetiva, porquanto, na expressão de Juarez Cirino dos Santos (2008, página 25), o princípio impede a punição de pessoas que não preencham os requisitos do juízo de reprovação, segundo o critério atual da teoria da culpabilidade, quais sejam, imputabilidade (onde há [Digite texto]

exclusão dos inimputáveis), potencial conhecimento da ilicitude do fato (são os imputáveis em erro de proibição inevitável, pois desconhecem a situação fática de tal sorte a impedir que a sua conduta se amolde ao objeto da norma) e exigibilidade de conduta diversa (são os imputáveis que realizam o tipo de injusto, sabendo da proibição, mas estão em situação tal que não se pode exigir deles atuar de forma diferente).

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, demonstra o caráter subsidiário do Direito Penal. Isso porque, o poder de punir do Estado encontra o seu fundamento de validade na proteção aos bens jurídicos mais importantes para a sociedade. Logo, não há como se falar em intervenção penal, quando a situação pode ser contida por outros ramos do Direito. Há duas mensagens subliminares dirigidas ao legislador nesse princípio, como vetores para o começo e o fim da norma. Se por um lado, no processo legislativo o parlamentar deve criar leis que protejam os bens jurídicos aqui reservados, de outro, deve estar atento à banalização social de conduta anteriormente criminalizada, a fim de extirpar do ordenamento aquilo que não mais atenda às vicissitudes sociais. Foi o que aconteceu com o adultério, conduta abolida do Código Penal pela Lei 11.106/05.

Segundo Rogério Greco (2006, página 57) “os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como que duas faces de uma mesma moeda”. A intervenção mínima limita a atuação do Direito Penal, de sorte a impor uma ordem preliminar; utiliza-se primeiro os demais ramos do Direito, para só então, empregar o Direito Penal às violações dos bens jurídicos mais relevantes. O princípio da lesividade serve de bússola ao legislador para a escolha das condutas dignas de criminalização.

Observa-se que para essa doutrina, o caráter agressivo do Direito Penal exige uma aplicação adstrita às condutas que lesionem ou coloquem em risco bens jurídicos importantes para a sociedade, mas, sobretudo, que extrapolem o âmbito do agente, para atingir bens de

[Digite texto]

terceiro. Portanto, há de se destacar que o princípio cria óbice à punição de três situações: o pensamento ou sentimento íntimo do agente, à autolesão e ao ser do agente (destacando a feição moral, diversa do agir). Em conclusão, há de se tolerar a atuação que não exceda a esfera do indivíduo.

Juarez Cirino dos Santos (2008, página 26) amplia o entendimento deste princípio de maneira muito importante para esse trabalho. Afirma o referido autor que o princípio da lesividade “proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e de medidas de segurança em hipóteses de lesões irrelevantes, consumadas ou tentadas, contra bens jurídicos protegidos em tipos legais de crime”. Completa, ainda, o autor que o princípio da lesividade é formado por um núcleo representado pelos bens jurídicos indicados pelo legislador, para servir de objeto da proteção do Direito Penal.

Esse núcleo deve ser avaliado sob dois aspectos, qualitativo e quantitativo. No que tange ao qualitativo, é de se analisar a natureza do bem lesionado com o escopo de impedir a criminalização de garantias asseguradas na Constituição, como a liberdade política, de expressão, consciência, etc, que devem sobrepor-se às limitações penais; nesse sentido, destaca-se a similitude com a doutrina anteriormente exposta.

De outro lado, há o aspecto quantitativo, que se traduz na busca da extensão da lesão causada ao bem jurídico. Aqui, há um ponto de interseção com o princípio da insignificância, porquanto as lesões inexpressivas aos bens jurídicos excluiriam a própria criminalização da conduta, concluindo o autor (2008, página 27): “nessa medida, o princípio da lesividade é a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal: lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos (...) não constituem crime”.

Em conclusão, pode-se afirmar que a doutrina diverge quanto aos parâmetros concretos deste princípio. Enquanto alguns traçam uma tangente entre o princípio da

[Digite texto]

intervenção mínima e a lesividade, a obstaculizar tão-somente comportamentos internos, pessoais; outros o apresentam como consectário lógico do princípio da insignificância, no qual será possível afastar condutas com incursões externas, para mitigar lesões de pequena monta.

“Olho por olho, dente por dente”. A premissa maior do Talião remete o senso comum à necessidade do homem de distribuir a Justiça proporcionalmente às suas premências. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade, tem capacidade para figurar como elemento agregador da Justiça Social. Embora Talião e Justiça Social não representem, propriamente, matéria-prima de um mesmo contexto, é preciso entendê-los por seu escopo principal, de fixar penas comutativas. A tarefa requer a conjugação do princípio da proporcionalidade com outros três princípios - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A doutrina revela outra nomenclatura à proporcionalidade, “avaliação”, o que não deixa de refletir o seu propósito: avaliação da pena cominada ao delito - dirigida ao legislador, para escolha da pena abstrata, bem como avaliação dos critérios legais de fixação da pena concreta pelo juiz.

Investiga-se a coexistência harmônica entre os meios, os fins e o objeto. No Direito Penal, parte-se da premissa que os meios (penas estipuladas) devem restar adstritos aos fins (proteção ao bem jurídico tutelado). Nessa medida, a proporcionalidade em sentido estrito perquire a equação exata entre a pena adequada como meio para alcançar a finalidade de proteção ao bem jurídico. Dentro da situação concreta, a pena cominada precisa conectar-se proporcionalmente com a extensão da lesão sofrida.

Observa Juarez Cirino dos Santos (2008, página 27) que o princípio da proporcionalidade, em sua extensão, pode ser analisado em dois aspectos: abstrato e concreto

[Digite texto]

da pena. A proporcionalidade abstrata funciona como fator de adequação da escala penal, criando óbice à cominação de penas excessivas ou desproporcionais ao resultado; impõe, assim, uma comutatividade entre o desvalor da conduta e a “retribuição equivalente”, por essa razão, há um escalonamento das penas, exigindo-se que a pena cominada para proteger o patrimônio não se sobreponha à pena cominada para a proteção do bem da vida.

O princípio da proporcionalidade concreta, como se pode antever da própria expressão, é aplicado na situação real para sopesar “a relação custo/benefício da equação crime/pena” (2008, página 29), ou seja, confronta-se a eficácia social da criminalização, como elemento retributivo ao mal social. Busca-se um olhar crítico do custo individual e social da criminalização concreta, porque o reflexo dessa “pesa” de forma dissonante nas classes sociais menos favorecidas, a servir de alimento ao preconceito, à marginalização e à discriminação.

Para Juarez Cirino dos Santos (2008, página 30) o princípio da proporcionalidade concreta serve de esteio a fundamentar a utilização de critérios compensatórios pelo julgador no momento da dosimetria, assim como na substituição da pena com o escopo de “neutralizar ou de reduzir a seletividade fundada em indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, favelização”.

2 - Conceito Analítico de Crime

Conquanto o crime seja uno, para o estudo do Direito Penal é importante a fragmentação de seus elementos essenciais, quais sejam, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade.

[Digite texto]

Em que pese a existência na doutrina de vários conceitos de crime, certo é que o mais adotado é também o que mais interessa a esse trabalho - o conceito analítico de crime - no qual se perquire acerca das características desses elementos.

O fato típico, para a teoria finalista, é assim chamado porque encerra uma conduta culposa ou dolosa, comissiva ou omissiva (razão pela qual fugir-se-á do termo ação), um resultado jurídico (sempre presente, ainda que se esteja diante de crime de perigo), o nexo causal entre conduta e resultado e a tipicidade (formal e material).

Rogério Greco (2006, página 169) sinaliza para a incursão da tipicidade conglobante. Para o autor, a tipicidade penal seria composta pela tipicidade formal, que se traduz na mera subsunção da conduta ao comportamento abstrato descrito no tipo, e a tipicidade conglobante. Nesta última, o comportamento do agente é analisado sob dois aspectos: o da antinormatividade, ou seja, contrário à norma penal e não fomentado por ela, e a ofensa ao bem jurídico tutelado.

Na antinormatividade há uma verificação se a conduta do agente é rechaçada pelo ordenamento jurídico. Ora, é de se pensar, se está descrito no tipo penal não é aceito pelo Estado. Todavia, em alguns casos, como o estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito (artigo 23, III, do CP), o agente realiza conduta descrita no tipo, mas também fomentada pelo Estado (às vezes exigida, como por exemplo, o médico que numa emergência submete o paciente a uma intervenção cirúrgica sem o seu consentimento). Ao citar Zaffaroni, Rogério Greco (2006, página 458) observa não ser viável num ordenamento jurídico tido como perfeito, a coexistência de duas normas em conflito, uma a proibir o que a outra fomenta.

No que tange ao outro aspecto da tipicidade conglobante, qual seja, a ofensa ao bem jurídico tutelado, assegura Rogério Greco (2006, página 169) que “excluem-se dos tipos

[Digite texto]

penais aqueles fatos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm aplicação o princípio da insignificância”.

Assim, para o autor, a tipicidade conglobante possibilita na situação concreta elidir a existência de crime logo no primeiro momento da análise da conduta, sem que se perquirira acerca da antijuridicidade ou culpabilidade. Este último elemento não será novamente abordado, haja vista que as diretrizes mais importantes foram citadas anteriormente, não comportando aprofundamento.

3 - Antijuridicidade Formal e Antijuridicidade Material

O segundo elemento a ser estudado no conceito analítico de crime é a antijuridicidade. Destaca Juarez Cirino dos Santos (2008, página 226) que a “antijuridicidade representa uma qualidade invariável da ação típica, expressa na contradição entre a ação ou omissão de ação e o conjunto das proibições e permissões do ordenamento jurídico”.

E continua o referido autor a explicar a diferença sobre o injusto, porquanto esse é a ação típica e antijurídica em concreto, “como realização não justificada de comportamentos típicos de grandezas variáveis”. Nesse sentido, observa-se certa flexibilização da antijuridicidade, pelo que imprescindível diferenciar a antijuridicidade formal da material. A primeira é a expressão da contradição entre a conduta com as proibições no ordenamento jurídico, não comportando variações, como aduz Fernando Capez (2006, página 271) “a mera contrariedade do fato ao ordenamento legal (ilícito), sem qualquer preocupação quanto à efetiva perniciosidade social da conduta”.

Conforme revelado no momento da citação da tipicidade conglobante, há causas legais e supralegais de exclusão da ilicitude. Dessa forma, o julgador ao constatar a adequação

[Digite texto]

ao tipo incriminador, passa à verificação do grau de tolerância desse comportamento para o Direito Penal, dentro das situações descritas no artigo 23 do Código Penal, que não contém rol taxativo (antijuridicidade formal).

Quanto à antijuridicidade material, a doutrina debate sua existência e utilidade. Juarez Cirino dos Santos afirma que ela “exprime a lesão injusta do bem jurídico, como dimensão graduável do conteúdo de injusto das ações típicas e antijurídicas”. Dessa forma, a insignificância encontraria espaço para rechaçar a antijuridicidade formal da conduta concreta, quando esta não representasse um injusto, quer pela mínima lesão, quer pela aceitabilidade social.

De outra ponta, Rogério Greco, Assis Toledo e Sheila Bierrenbach consideram desnecessária a abordagem dualista da antijuridicidade, uma vez que a norma penal existe para proteção do bem jurídico, e qualquer conduta contrária a ela, afigura-se, per si, lesiva (2008, página 337). Para Fernando Capez a discussão também é desinfluyente, contudo, por outro motivo. Defende o autor que tal abordagem é exclusivamente afeta à tipicidade, e completa “o juízo de valor quanto ao conteúdo material da conduta, ou seja, se esta é lesiva ou não, socialmente adequada ou inadequada, relevante ou insignificante, não pertence ao terreno da antijuridicidade, mas ao tipo penal” (2006, página 271). Afirma, ainda, que uma conduta só pode ser considerada típica, se adequada formalmente ao tipo penal, e representar uma efetiva lesão material. Nesse caso, sequer cogitar-se-á acerca da antijuridicidade.

Como será observado, esse raciocínio é o fundamento da doutrina majoritária para aplicar o princípio da insignificância, pois através dele há a exclusão da tipicidade da conduta.

Em que pese a praticidade da tese, é de se notar que a norma penal incriminadora contém uma mensagem subliminar de proteção ao bem jurídico por ela tutelado e a conduta contrária a norma já representa uma afronta ao bem. A mensuração do injusto, passa pela

[Digite texto]

antijuridicidade, ou seja, pelo grau de lesividade causado ao ordenamento por essa conduta. Assim, o trabalho será conduzido de forma a respeitar essa premissa.

4 - O Princípio da Insignificância

Somando-se todas as informações aqui contidas, parte-se para a análise do princípio da insignificância, principal foco deste trabalho. A doutrina majoritária localiza a atuação do princípio da insignificância dentro da tipicidade. Afirma Luiz Flávio Gomes que a infração de bagatela própria encerra um irrelevante penal *ab initio*, porque falta periculosidade na própria conduta ou no resultado, a excluir a tipicidade penal. O nobre doutrinador cita como exemplo o furto de uma cebola, a rechaçar a necessidade de atuação do Direito Penal (publicação oriunda do sítio Jus Navigand - 02/2006). Contudo, diferencia essa situação fática da chamada infração de bagatela imprópria, na qual se antevê interesse Penal na conduta e no resultado, mas por aspectos intrínsecos ao princípio da culpabilidade, não se afigura necessária a aplicação da pena.

Explorando, ainda, as diversidades doutrinárias sobre o tema, é possível fazer um paradoxo entre o princípio da insignificância e a tipicidade conglobante. Segundo Rogério Greco, os tipos penais não abrangem todas as lesões aos bens jurídicos, mas tão-somente àquelas compreendidas pela tipicidade material. Conclui, assim, que a tipicidade penal é formada pela tipicidade formal (subsunção à norma) e pela tipicidade conglobante (que reúne a tipicidade material, a antinormatividade e condutas não fomentadas pelo ordenamento jurídico). Dessa forma, a insignificância estaria aqui representada pela mínima lesão, a impossibilitar a reunião dos requisitos exigidos no tipo penal. Verifica-se que a doutrina

[Digite texto]

busca, nesses aspectos utilizar o princípio da insignificância para elidir a tipicidade e, a culpabilidade.

O Supremo Tribunal Federal criou quatro requisitos a serem observados para aplicação do princípio da insignificância, quais sejam, mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. A matéria acerca da periculosidade e reprovabilidade, afeta à culpabilidade do agente, e objeto de avaliação na aplicação da pena, não parecem representar a escolha correta para quem pretende rechaçar a tipicidade da conduta.

Em sentido diverso, e na linha das preleções anteriormente feitas quando da apresentação dos princípios, cabe a lembrança de que a insignificância foi suscitada dentro da lesividade, em seu aspecto quantitativo, como forma de obstar a cominação, a aplicação e a execução de penas e de medidas de segurança em hipóteses de lesões irrelevantes. Percebe-se que ao conectar os dois princípios a doutrina busca uma causa de exclusão da antijuridicidade material, que impõe à ilicitude não só uma conduta violadora do bem jurídico tutelado, mas que efetivamente lesione ou exponha a perigo esse bem.

Neste trabalho adotar-se-á o princípio da insignificância como causa excludente da antijuridicidade material.

5 - Parâmetros Fixados pelo STF e Análise da Jurisprudência

Na ausência de critérios ou parâmetros fixados pelo legislador, conforme afirmado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal utiliza quatro vetores para aplicação do princípio da insignificância: mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação,

[Digite texto]

reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Tais premissas surgiram no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.412/SP, em sessão realizada pela Segunda Turma daquele Tribunal, sendo a relatoria do Exmo. Ministro Celso de Mello.

O julgado tem peculiaridades que vale a pena destacar. Primeiramente, cabe a informação de que no caso concreto tratava-se de furto de uma fita de vídeo game, por rapaz de 19 (dezenove) anos, desempregado. Não obstante o insignificante valor da *res furtiva*, alcançando menos do que 18% (dezoito por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos, a *res* foi recuperada. Na decisão, o nobre relator aplicou o princípio da insignificância com base nas razões ventiladas por Rogério Greco (em capítulo anterior nesse trabalho), dentro da tipicidade conglobante, e por Capez, para elidir a tipicidade material. Ademais, há nessa jurisprudência, um paradoxo com o princípio da intervenção mínima, na qual se chama atenção para o fato de que a privação da liberdade e a restrição de direitos fundamentais, enquanto sanções penais, só são justificáveis quando imprescindíveis à proteção da sociedade e aos bens jurídicos.

Nota-se que a comparação entre a pena e a indispensabilidade para a proteção da sociedade, ultrapassa a lesividade da conduta, alcançando princípios como da proporcionalidade e culpabilidade (conforme abordagem inicial desse trabalho), pois têm o escopo de mensurar a pena. Talvez, essa seja a *ratio essendi* dos vetores mais próximos à culpabilidade, propriamente dita, do que da tipicidade material ou antijuridicidade material que se afiguram a base para o reconhecimento da insignificância. Nesse momento, é possível vislumbrar certa fragilidade nos parâmetros escolhidos, pois não enfrentam, de pronto, a lesão oriunda da conduta, abrindo chancela ao subjetivismo e colocando em risco a segurança dos julgados.

[Digite texto]

Continuando a análise da jurisprudência, o voto textualmente elide, citando para tanto outros julgados oriundos do mesmo Órgão, a aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados à substância entorpecente por considerar que, nesses delitos, tais vetores não comportam aplicabilidade, fundamentando a ausência de qualquer flexibilidade: “a pequena quantidade de substância tóxica apreendida em poder do agente não afeta nem exclui o relevo jurídico-penal do comportamento transgressor do ordenamento jurídico, por entender inaplicável, em tais casos, o princípio da insignificância” (Mello, 2004/STF).

Em outro acórdão, oriundo da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Exmo. Ministro Sydney Sanches, no qual se indeferiu a ordem no *Habeas Corpus* nº 81.641-0, requerida sob o fundamento de ausência de justa causa a legitimar a persecução penal contra agente que portava pequena quantidade de substância entorpecente, o Colegiado destacou a impossibilidade da utilização do princípio da insignificância, mormente pela natureza do delito de perigo abstrato, em que não há menção à quantidade da substância portada.

5.a - Análise da Jurisprudência

O princípio da insignificância tem alcançado grande repercussão na ordem das notícias vinculadas pelo STJ em seu *site* o que induz a acreditar na sua larga utilização, nem sempre balizada na tipicidade da conduta ou em critérios objetivos o que possibilita um desequilíbrio nas decisões judiciais. Com efeito, só neste ano, em menos de um semestre, pode-se antever pelo menos oito notícias, vinculando as mais diversas hipóteses de aplicação, nas quais se destacam algumas pela controvérsia.

[Digite texto]

Em 12/06/2009, ganhou destaque o fato de não ter sido aplicado ao crime de furto de ducha de hidromassagem, sob o argumento de que a denúncia imputava ao acusado outras ocorrências policiais relativas ao mesmo delito; é de se indagar acerca do *decisum*: se a insignificância tem como pressuposto a exclusão da tipicidade, por que ventilar critérios relacionados à culpabilidade?

Já em 08/06/2009, rechaçou-se a utilização desse princípio ao crime de descaminho, quando o valor do tributo devido ultrapassa o montante de R\$ 100,00, ou seja, o parâmetro foi fixado com esteio no crime contra a ordem tributária, especificamente, no artigo 18, § 1º, da Lei nº 10.522/02, que permite a extinção da execução fiscal fundada em valor inferior a este. Conquanto pareçam da mesma espécie, tem-se que o primeiro visa proteger o erário, e subsiste de uma relação fisco-contribuinte. O segundo, contudo, ainda que ventile essa relação no “contrabando impróprio” ou descaminho (artigo 334, segunda parte, do Código Penal), busca tutelar medidas protetivas do comércio interno. De toda sorte, o posicionamento não afronta tanto as bases do Direito Penal quanto o anterior (Sexta Turma do STJ), no qual se cancelava a aplicação da insignificância àquele que deixou de recolher tributos na ordem de até 10 mil reais, ao argumento de que nesse montante a Fazenda Pública podia arquivar as execuções movidas por ela (artigo 20 da Lei nº 10.522/02), o montante está muito longe de figurar como insignificante, principalmente, se comparado à renda *per capita* da população pátria.

Em 16/02/2009, foi veiculado no *site*, a aplicação do princípio a três casos combatidos pelo Ministério Público. A 5ª Turma do STJ negou três recursos especiais (REsp.828094, 922856 e 1008535) do referido órgão. No primeiro caso, tratava-se de uma cafeteira, no segundo, de 17 barras de chocolate e um pacote de vitamina C, e no terceiro, houve o arrombamento de veículo para subtração de bateria e alicate. Segundo a notícia, o

[Digite texto]

ministro relator ressaltou o caráter subsidiário do Direito Penal e que, embora as condutas estivessem subsumidas ao tipo penal do furto, não eram capazes de ultrapassar a análise da tipicidade material. Completou, ainda, ser desproporcional impor pena restritiva de liberdade para esses casos. Quanto à vitamina C, é preciso esclarecer que não se trata de pedido para tutela de medicamentos, mas tão-somente a condenação do réu por crime contra o patrimônio, cometido sem violência, com pena abstrata mínima de um ano de reclusão. Nessa ordem de idéias, é necessário distinguir bagatela de furto de pequena monta (artigo 155, § 2º, do CP), pois tais atributos são suficientes para utilização da proporcionalidade na mensuração da pena-base, e posteriormente, na suspensão do processo ou na conversão desta pena de reclusão, por restritiva de direitos.

Em 28/04/2009, o STJ ratificou a decisão do juiz de primeiro grau que não recebeu a denúncia contra indivíduo que furtou uma caixa com 41 barras de chocolate, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância. Ora, conforme afirmativa realizada no início desse trabalho, os delitos de bagatela estão próximos aos crimes famélicos, sendo compreensível sua utilização nesses casos. Contudo, mister imaginar a repercussão dessas notícias numa cidade do interior, e as dificuldades na manutenção do pequeno comércio, haja vista que a quantidade de produto furtado dá o direito ao agente saciar sua fome e empreender um novo negócio.

Nas decisões é possível antever uma comparação entre o valor da *res* e a reclusão. No entanto, ratifica-se que, como regra, não haverá reclusão, porquanto no furto de pequeno valor o juiz também pode converter a pena em restritiva de direitos ou limitar-se à aplicação de multa. Ademais, pelo princípio da homogeneidade não se pode impor uma pena ao acusado, quando esta não reflete o provimento final da condenação. É claro que o Direito Penal não deve se ater a situações irrelevantes, e por causa disso, o legislador não puniu todos

[Digite texto]

os fatos, ao revés, fez uma preleção daqueles importantes para a sociedade. Nessa linha de perspectiva, nos crimes cometidos contra o patrimônio, a bagatela não pode se desvincular dos parâmetros financeiros da localidade do infrator, sob pena de se instaurar a anomia social.

5.b - Análise da Jurisprudência

Conquanto pertença ao senso comum a célebre frase de um famoso dramaturgo nacional (talvez o maior), ao afirmar que “toda unanimidade é burra”, é preciso destacar que, em matéria de Direito Penal as diferenças devem ser sopesadas com reserva, porquanto o julgador está premido pelo princípio da estrita legalidade. Forçoso reconhecer, num mundo em constante mutação, especialmente pelo célere desenvolvimento científico, tudo é relativo, a verdade pretérita pode não mais figurar como verdade hodierna, e nesse cenário, discussões e divergências somam ao processo de desenvolvimento humano.

Entretanto, está-se no campo da infração penal, cuja legitimidade da resposta do Estado ao delito tem por base o contrato social, defendido por Rousseau (2008, página 28), a validar ações na manutenção dos direitos e garantias dos contratantes, que necessariamente deve contar com a harmonia entre a concessão da liberdade e a obediência, conforme revela o referido autor “encontrar uma forma de associação, que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado (...) As cláusulas deste contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de efeito nulo”. Portanto, é preciso que a norma concreta esteja em harmonia com a vontade emanada pelo corpo social através do Poder Legislativo, sob pena de se quebrar cláusulas “gerais” e colocar em risco garantias previstas na Constituição Federal.

[Digite texto]

Com alicerce na legalidade, analisar-se-ão duas jurisprudências aqui apresentadas, ambas oriundas do Supremo Tribunal Federal e relativas ao porte de pequena quantidade de substância entorpecente.

A primeira, consubstanciada no *Habeas Corpus* nº 91.759, em sessão realizada pela Primeira Turma daquele Órgão Julgador, em 09/10/2007, da relatoria do Exmo. Ministro Menezes Direito, vislumbra a denegação da ordem com espeque nos seguintes fundamentos:

1. A jurisprudência daquela Corte está pacificada no sentido de que não é possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados a substância entorpecente;
2. Diante do princípio da especialidade, é aplicável o Código Castrense; e
3. A nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), não revogou o artigo 290 do Código Penal Militar, razão pela qual não é possível a aplicação retroativa da lei penal mais benéfica (artigo 28 da Lei nº 11.343/06).

Tais pontos são importantes, porquanto, o outro julgado guarda similitude fática, mas resultado distinto. Destaca-se que o precedente, proferido em 24/06/2008, por maioria, rompeu com entendimento sedimentado por anos, como se pode verificar dos julgados anteriormente citados. Cabe, ainda, enfatizar que, nem mesmo a modificação legislativa (antes Lei nº 6.368/76, depois Lei nº 11.343/06), foi capaz de derrubar a jurisprudência pacífica acerca da impossibilidade de se aplicar a insignificância ao porte de substância entorpecente. Entretanto, em uma decisão, no mínimo, inovadora, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em voto de relatoria do Exmo. Ministro Eros Grau, no *Habeas Corpus* nº 94.524-4, aplicou o princípio, a situação similar – militar portando pequena quantidade de droga em unidade administrativa –, para conceder a ordem, sob os seguintes argumentos:

[Digite texto]

1. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada, ou seja, os quatro vetores afiguram-se requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação da insignificância;
2. A Lei nº 11.343/06 proíbe a prisão do usuário;
3. Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, é possível afastar a especialidade, óbice à aplicação da nova lei de drogas em detrimento do Código Castrense; e
4. Tratava-se de paciente jovem, sem antecedentes, cuja condenação traz prejuízos, quando existe lei que não apenas a conduta, mas possibilita a recuperação do indivíduo.

Em voto vencido, a Ministra Ellen Gracie enfatizou que o tipo descrito no artigo 290 do Código Penal Militar não está adstrito à saúde do militar, mas também abarca a “regularidade de funcionamento das instituições militares”, razão pela qual o princípio da insignificância não poderia ser aplicado àquela situação.

A precisão técnica da Ministra merece louvor, pois faz consignar a diferença entre os tipos penais ali comparados, e o peso dado pelo legislador à conduta do artigo 290 do Código Castrense.

Destaca-se a redação do artigo 290 do Código Penal Militar, haja vista que a conduta típica está inserida dentro do contexto hierárquico e disciplinar daquela Justiça, impingindo tratamento severo a todos pelo *Codex* alcançados, sem fazer distinção entre o que trafica e o mero usuário, conforme se pode observar da literalidade da lei - “Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, (...), em lugar sujeito à administração militar, (...).”

De outro lado, ainda que se abandone a peculiaridade da Justiça Militar, é necessário esclarecer que, embora o preceito secundário do o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 não vislumbre a pena de reclusão, e direciona-se tão-somente ao usuário - com pena mais branda como se pode antever de sua leitura: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas (...) será submetido às seguintes penas: I - advertência (...); II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa (...)” - é certo que a conduta não restou abolida do ordenamento jurídico, e está inserida no capítulo III da referida lei, sob o título “Dos Crimes e das Penas”. Dessa forma, persiste intrínseco ao dispositivo a proteção à saúde pública.

Assim, subsistindo sua natureza de crime de perigo abstrato que apropriadamente é definido por José Henrique Pierangeli (2008, página 577) como “a probabilidade de dano que objetivamente se projeta no mundo exterior”, perquire-se acerca da possibilidade de ventilar a insignificância da conduta. Isso porque, aqui o legislador protegeu o risco, a potencialidade de se lesionar um número indeterminado de pessoas. É de se concluir que a proteção ao bem jurídico ganha contorno antes mesmo do resultado, não sendo compatível a aferição dos critérios formadores da culpabilidade (aspectos pessoais), pois fazem parte da última fase do conceito analítico de crime, para rechaçar a tipicidade. A simples possibilidade de ofensa à saúde pública já configura o delito, independentemente do resultado naturalístico. Assim, o porte de substância entorpecente ofende o bem jurídico tutelado, *per si*, existindo na conduta tipicidade formal e material.

III - CONSIDERAÇÕES FINAIS:

[Digite texto]

Conforme reiteradamente lembrado, o princípio da insignificância tem fundamento na atipicidade da conduta ou na sua normatividade material, razão pela qual se afigura temerária sua tutela dentro da culpabilidade.

Não se elide o caráter subsidiário do Direito Penal, tampouco se pretende legitimar o cárcere desnecessário e inútil, que só corrobora para o aumento do preconceito, da marginalização e da discriminação. No entanto, não pode o Poder Judiciário, diante da ausência de políticas públicas para incursão social, contribuir para a insegurança e o sentimento de impunidade. Nessa linha de princípios, formular parâmetros objetivos a serem perquiridos dentro da tipicidade ou da antijuridicidade, afigura-se uma forma de obstaculizar a desigualdade das decisões, deixando-se de sopesar comportamentos particulares do agente, que só induzem a subjetivismos, tais como, “paciente jovem, sem antecedentes, cuja condenação traz prejuízos”.

Nos crimes patrimoniais, requer a aferição não só do valor do objeto, como também a repercussão do crime dentro da sociedade, chancelando-se, talvez, sua aplicação tão-somente aos casos em que a *res* tenha sido devolvida ao dono sem alteração de sua substância.

Especificamente, quanto ao porte de substância entorpecente, não há como fugir da tipicidade da conduta. Ainda que se postule pela aplicação da tipicidade conglobante, o comportamento não é fomentado pelo ordenamento jurídico, faltando, assim, a antinomia. No que tange à mínima lesão, ratifica-se que a conduta escolhida pelo legislador está no ato preparatório, não no resultado. Dessa forma, a tipicidade da conduta encontra-se íntegra, fechando-se o acesso ao princípio por esse elemento.

Entretanto, se ainda sim subsistir o interesse na desclassificação do crime, o que se pode ventilar no caso concreto acerca da quantidade apreendida com o agente, agregada às

[Digite texto]

circunstâncias fáticas, como localidade onde ele esteja (em sua casa, sem representar perigo à incolumidade de outrem), é o grau da injusta lesão ao bem jurídico protegido, utilizando-se da antijuridicidade material, como forma de aferir a graduação da extensão do injusto da ação típica e formalmente ilícita. A insignificância, aqui, encontraria espaço para rechaçar a antijuridicidade formal da conduta concreta, impedindo, assim, a presença dos elementos constitutivos do injusto penal, dentro de critérios objetivos a serem observados *erga omnes*, mas não adstrito àqueles “com futuro promissor”.

IV - REFERÊNCIAS:

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*; tradução: Vicente Sabino Júnior – São Paulo: CID, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Notícia veiculada em 16/02/2009: *Negados três recursos em que o MP pedia a não aplicação do princípio da insignificância*. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=90941>

Acessado em 11 de junho de 2009.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Notícia veiculada em 08/06/2009: *Princípio da insignificância não se aplica ao crime de descaminho se valor do tributo for maior que R\$*

100<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92318

> Acessado em 11 de junho de 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

[Digite texto]

GOMES, Luiz Flávio. *Infração bagatelar imprópria*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7984>>. Acessado em 13 de junho de 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Caso Angélica Teodoro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8258>>. Acessado em 13 de junho de 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Insignificância: é preciso ir ao STF para vê-lo reconhecido. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12799>>. Acessado em 13 de junho de 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*; tradução de J. Cretella Jr. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos, *Direito Penal: Parte Geral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.