

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

JOÃO PORTO SILVÉRIO JÚNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

João Porto Silvério Júnior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-793-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



UFG
UNIVERSIDADE
FEDERAL DE GOIÁS



PPGDP
Programa de Pós-Graduação
em Direito e Políticas Públicas

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Reuniram-se os autores dos textos ora apresentados em uma tarde ensolarada do outono brasileiro, por ocasião do XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, cidade de Goiânia.

Apresentados e discutidos os textos, na ordem em que agora serão apresentados, restou claro o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra e que foram divididos, de acordo com a temática de cada um, em três grandes blocos: direito penal material, o direito processual penal e a execução penal.

Destacam-se no primeiro bloco os seguintes textos:

- Princípio da insignificância no direito penal: fundamentos e aplicabilidade, das autoras Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno e Rejane Alves De Arr, que versa sobre o estudo do princípio da insignificância sob a ótica de seu acolhimento ao longo da história, de seus fundamentos e aplicabilidade na Justiça Comum e Militar, bem como de sua análise frente aos princípios da adequação social e da ofensividade e dos crimes de menor potencial ofensivo. Destacou-se que o princípio da insignificância passou a ser aplicado pelos Cortes Superiores na década de 80, momento que denota um avanço no processo de efetivação da subsidiariedade do direito penal no Brasil.
- A condenação criminal pelo uso de droga e a reincidência, do autor Bruno Pinheiro Caputo, e que traz uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores e da legislação a respeito da condenação criminal pelo uso de drogas e o instituto da reincidência, com vistas à resposta à seguinte questão: a condenação por uso de drogas é geradora da reincidência?
- Espécies invasoras e a tutela do direito penal: o caso do bagre-africano, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Vanessa de Vasconcellos Lemgruber França, que versa sobre a abordagem jurídico-penal no tratamento de espécies invasoras em solo brasileiro, mais precisamente o Bagre-africano na região do Rio Caratinga. Pondera-se sobre a nova faceta do bem jurídico tutelado pelo direito penal na seara ambiental em decorrência do surgimento de novos riscos e do aprofundamento do processo de globalização.

- Para um conceito adequado de corrupção pública no direito penal, de Camilo de Oliveira Carvalho, que se volta à compreensão do conceito de corrupção, sobretudo da corrupção pública, bem como à identificação acerca de quais crimes do Código Penal é possível utilizar adequadamente o termo. O autor faz um breve panorama sobre o problema da corrupção para, em seguida, trabalhar com a sua compreensão ética e política. Por fim, são apresentados parâmetros para a identificação da corrupção pública, analisando, no Código Penal Brasileiro, as hipóteses aptas a se enquadrarem no conceito exposto.

- O bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro e a sua necessária identificação para a proteção da ordem constitucional, de Rhayssam Poubel de Alencar Arraes e Leonardo Ferreira dos Santos, e que analisa a natureza do bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro demonstrando a sua importância para a proteção da ordem constitucional. É examinada a estrutura do referido delito, seu histórico, e a relação com seu objeto de tutela. O artigo conclui que o bem jurídico salvaguardado é a ordem econômica, sendo que a sua identificação é traduzida no amparo de direitos e garantias fundamentais do acusado e na defesa da ordem econômica, ambos elementos essenciais da ordem constitucional brasileira.

- Discurso jurídico penal e (pós) democracia, de Clodomir Assis Araújo Júnior, que trata da seguinte temática: entre a crise e um estágio de (pós) configuração, persistem vários discursos que tentam identificar de fato quais seriam as principais marcas da intervenção penal brasileira. O autor busca compreender se a função de contenção do poder punitivo vem sendo adequadamente concretizada pela Justiça Criminal Brasileira. Para tanto, foi perquirida a relação entre o eficientismo judicial, o ideário prevencionista da pena e as distorções da criminalização nos meios de comunicação.

- O direito penal do trabalho e a construção histórica da tutela penal em prol da organização do trabalho, de Marina Calanca Servo e Jair Aparecido Cardoso, que propõe a produção de novos olhares sobre os movimentos de proteção dos direitos laborais, mediante análise dos avanços obtidos no amparo desse bem jurídico. Para tanto, os autores percorrem desde o resultado da herança escravista às garantias concedidas pela Constituição de 1988, visando compreensão e análise da legitimidade ao Direito Penal do Trabalho.

- Responsabilização penal da pessoa jurídica e a (im) possibilidade de aplicação da teoria do domínio da organização, de Claudevan da Silva Lima, que assim pode ser resumido: considerando o atual posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de responsabilização penal da pessoa jurídica, o texto tem por objetivo, partindo da criação da teoria do domínio do fato por Welzel e sua evolução para teoria do domínio da organização com seus pressupostos constitutivos desenvolvida por Roxin, fazer uma análise das teorias e,

ao final, constatar a possibilidade da aplicação da teoria do domínio da organização nos delitos empresariais.

- Fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, de Jamir Calili Ribeiro, o qual discute o fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, para o fim de responder às seguintes perguntas: é possível pensar na possibilidade de um ente coletivo praticar uma infração penal? Se for possível, o que fundamenta essa capacidade? Conclui-se que a capacidade criminal das pessoas jurídicas é uma capacidade criada pelo legislador por questões de política criminal, que atende a algumas premissas diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas, inspirada no Direito Penal Simbólico.

- A nova inquisição: o Supremo Tribunal Federal e a sua conduta de juiz inquisidor consonante à teoria do direito penal do inimigo de Günter Jakobs, das autoras Karine Silva Carchedi e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, que pode ser resumidamente apresentado da seguinte forma: Recentemente, o Supremo Tribunal Federal consolidou-se como detentor de legitimidade para a abertura de inquérito com o fim de investigar possíveis notícias fraudulentas emanadas contra a instituição, bem como seus ministros e familiares. O texto objetiva analisar os possíveis pontos de inconstitucionalidade presentes na Portaria GP nº 69 de 14 de março de 2019, o seu caráter processual penal inquisitivo não adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, e a forma como se coaduna com o direito penal do inimigo.

- Os fins da pena: uma breve exposição sobre a teoria da prevenção geral positiva de Günter Jakobs, de Ana Carolina Ramos Silveira, e que tem por objetivo tecer breve exposição sobre os fins da pena conforme as teorias absolutas e relativas e, especialmente, sobre a teoria da prevenção geral positiva conforme Günther Jakobs.

- Sistema de justiça penal prospectivo: em busca de um paradigma de justiça social, de Brenda Caroline Querino Silva e Luiz Fernando Kazmierczak, e que busca compreender a responsabilidade da ineficiência da ressocialização dos condenados quanto a propagação do sentimento de ódio e vingança nos indivíduos. Objetiva-se destacar o caráter meramente retrospectivo do sistema criminal brasileiro, a fim de que seja possível elucidar a importância de sua humanização e alteração da perspectiva social atual.

Os textos que compõem o segundo grande bloco, que versa sobre o direito processual penal, são apresentados doravante, também por título, autores e conteúdo:

- Etiologia Criminológica no senso comum teórico e processo penal como instrumento de defesa social: (des)velando o fundamento da periculosidade do agente para garantia da ordem pública na prisão preventiva, dos autores Marcus Vinicius Do Nascimento Lioma e Juliano de Oliveira Leonel, e que pode ser assim resumido: A Criminologia etiológica, centrada no determinismo, abandonou a noção de responsabilidade penal ancorada no livre-arbítrio, fazendo com que o corpo criminológico voltasse a atenção para a finalidade de cessar ou diminuir a periculosidade do sujo, dentro de uma concepção de defesa social. A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite o uso da prisão preventiva para garantia da ordem pública partindo da noção de periculosidade do agente. O texto procura demonstrar o equívoco de se atribuir ao processo penal, notadamente à prisão preventiva, metas de defesa social, dentro do atual paradigma de um Estado Democrático de Direito.

- Prazo razoável do processo: liberdade de imprensa versus presunção de inocência do acusado, dos autores Tiago Oliveira De Castilhos e Valdir Florisbal Jung, que propõe uma reflexão sobre o princípio da razoável duração do processo, da análise da influência ou não da imprensa no trâmite dos processos e no julgamento de crimes de maior repercussão. A liberdade de expressão da mídia prevalece sobre a presunção de inocência nesta sociedade acuada pela (in)segurança pública? O que a torna mais propensa a confundir justiça e a vingança? Sobre o tema, os autores trataram, comparativamente, de dois processos de homicídio que tramitaram em Canoas, terceiro PIB do RS.

- “Pacote anticrime”: uma análise da transposição do instituto da plea bargaining para o processo penal brasileiro, de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson, o qual analisa a transposição, para o processo penal brasileiro, do instituto da plea bargaining, questionando em que medida esta transposição se afigura como manifestação de um modelo eficientista de processo que viola as garantias estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito. O texto encontra-se estruturado em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos. Na primeira, analisa-se o instituto da plea bargaining conceitualmente; na segunda, visa estabelecer uma crítica ao instituto e à sua “transposição” à realidade brasileira, buscando evidenciar a lógica eficientista que subjaz à citada proposta de alteração legislativa.

- O artigo “A evolução da investigação policial e a feição resolutive do delegado de polícia: mudança de paradigma”, de Irineu Coelho Filho e Marina Garcia Valadares, propõe uma releitura do sistema de investigação policial adotado pelo ordenamento jurídico, demonstrando a importância e a necessidade de seu aprimoramento, o que irá repercutir no aperfeiçoamento da Justiça Criminal. Busca-se com apoio na bibliografia uma revisão

conceitual, a construção e oferecimento de proposta de mudança de paradigma, atribuindo ao delegado de polícia a função de conciliador em prol da efetividade do direito fundamental de acesso à justiça.

Por fim, os textos que tratam da execução penal, são os seguintes, por título, autores e resumo:

- Presídios e a iniciativa privada, de Evelise Slongo Dudziak, o qual propõe desvendar em que medida o Estado pode abrir mão da prestação do serviço público de segurança e conceder à iniciativa privada tal tarefa, diante da crise do sistema carcerário. Conclui-se que a administração dos presídios pode ser repassada às entidades privadas, sendo uma estratégia viável ao Poder Público.

- Panóptico: mecanismos de controle social e jurídico na sociedade contemporânea, de Fernanda dos Santos Andrade Amaral e Simone Valadão Costa e Tressa, O trabalho versa sobre o estudo do panóptico, idealizado por Jeremy Bentham como modelo arquitetônico para instituições de vigilância e retomado por Foucault sob o aspecto da dominação de pensamentos, bem como os diversos mecanismos de controle na sociedade contemporânea. A conclusão indica a necessidade de conscientização dos indivíduos quanto ao controle e a necessidade de elaboração de regras para uso moderado desses mecanismos.

- A modalidade da educação à distância para os apenados: inclusão social e efetividade dos direitos da personalidade, de Débora Alécio e Zulmar Antonio Fachin, e que tem por objetivo discutir a situação de vulnerabilidade do apenado, diante da necessidade de inclusão social por meio da educação. Considera-se que a educação à distância é uma modalidade capaz de alcançar este público vulnerável, acesso este que procura garantir o mínimo existencial, o resguardo aos direitos da personalidade e se mostra como meio hábil de ressocialização. Por isso, a educação à distância se torna um instrumento de inclusão social do preso e consequente efetivação do direito à educação e direitos da personalidade.

O leitor, por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação às demandas hodiernas.

Tenham todos ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. João Porto Silvério Júnior - UNIRV

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - UNIJUI

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL: FUNDAMENTOS E APLICABILIDADE

INSIGNIFICANCE PRINCIPLE IN CRIMINAL LAW: FOUNDATIONS AND APPLICABILITY

**Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno
Rejane Alves De Arruda**

Resumo

A presente pesquisa tem, como objetivo principal, o estudo do princípio da insignificância sob a ótica de seu acolhimento ao longo da história, de seus fundamentos e aplicabilidade na Justiça Comum e Militar, bem como de sua análise frente aos princípios da adequação social e da ofensividade e dos crimes de menor potencial ofensivo. A partir de uma pesquisa emanada de um método indutivo e eminentemente bibliográfica, infere-se que o princípio da insignificância passou a ser aplicado pelos Cortes Superiores na década de 80, momento que denota um avanço no processo de efetivação da subsidiariedade do direito penal no Brasil.

Palavras-chave: Princípio da insignificância, Princípio da adequação social, Princípio da ofensividade, Crimes de menor potencial ofensivo, Princípio da subsidiariedade

Abstract/Resumen/Résumé

The main objective of this research is to study the insignificance principle from the point of view of its acceptance throughout history, its foundations and applicability in the Ordinary and Military Justice, as well as the analysis of the principles of social adequacy and offensiveness and crimes of lesser included offense. From a research emanating from an inductive and eminently bibliographical method, it is inferred that the insignificance principle came to be applied by the Superior Courts in the 80's, a moment that denotes an advance in the process of effecting the subsidiarity of criminal law in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Insignificance principle, Principle of social adequacy, Principle of offensiveness, Lesser included offense, Principle of subsidiarity

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto o estudo do princípio da insignificância no direito penal, com enfoque no histórico de construção do princípio, bem como de seus fundamentos e aplicabilidade, tudo com base numa pesquisa emanada de um método indutivo e eminentemente bibliográfico.

Justifica-se, a presente pesquisa, pela constatação de que o princípio da insignificância é responsável, na atualidade, pela exclusão da tipicidade em determinados crimes, pois vem sendo aceito pela doutrina e pela jurisprudência majoritária das Cortes Superiores em casos específicos, dando eficácia ao princípio da subsidiariedade do direito penal.

Objetivando o esclarecimento da temática, abordar-se-á, inicialmente, a concepção de princípios, de modo geral, bem como a aplicabilidade deles como norteadores da interpretação da lei processual penal, para, então, fazendo um breve histórico do surgimento do princípio da insignificância, tratar de seus fundamentos e de sua aplicabilidade no direito penal comum e militar.

Num segundo momento, serão abordadas, brevemente, as objeções existentes na doutrina acerca do princípio da insignificância, enfatizando-se que esses entendimentos são isolados entre as posições majoritárias tratadas no primeiro momento.

Por fim, serão analisadas outras formas de descriminalização, com base no princípio da adequação e da ofensividade, abordando-se, também, de forma sucinta, discussões acerca dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95.

1. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: FUNDAMENTOS E APLICABILIDADE

1.1. Concepção de princípio

Princípio é um mandamento de um sistema, uma disposição fundamental que se irradia por todo um conjunto de normas, concedendo-lhes certa harmonia. Lucia Valle Figueiredo (2001, p. 38) leciona que são “[...] normas gerais, abstratas, não necessariamente positivadas expressamente, porém às quais todo ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material deve respeito.”

É pacífico que, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios possuem caráter normativo, mesmo porque, como leciona Rodrigo Lanzi de Moraes Borges (2010, p. 247-269), “com o passar do tempo, os princípios passaram a fazer parte dos sistemas jurídicos

ganhando força normativa, sendo certo que, um dos primeiros doutrinadores a afirmar o caráter normativo dos princípios, como explica Paulo Bonavides, fora Crisafulli em 1952.”

O Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941, s.p.), por exemplo, prevê expressamente a possibilidade de se interpretar a própria lei processual penal com base nos princípios, em seu artigo 3º, ao asseverar que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

Mesmo porque, no art. 4º Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942, s.p.), estabelece-se que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Portanto, inegável o valor dos princípios como norteadores da aplicação das leis.

1.2 Breve histórico

Com fundamento no velho adágio latino *mínima nom curat praetor*, o princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964. A nomenclatura lançada por ele é desconhecida nos principais sistemas de direito contemporâneo: os alemães, por exemplo, preferem falar em criminalidade de bagatela.

Trazendo conceitos que dão base à nomenclatura encampada por Roxin, é importante ressaltar, em primeiro lugar, que, em 1764, no opúsculo dos Delitos e das Penas, Marquês de Beccaria, citado por Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1997, pág. 42), antecipando-se no trato de tal matéria, expressou-se no sentido de que “a exata medida do crime é o prejuízo causado à sociedade”.

Por sua vez, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (s.a, s.p.), em seu artigo 8º, consagrou que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”.

Como leciona Luisi *apud* Lara (2011, p. 85), enquanto o magistrado e criminalista Giuseppe Puccione, comentando o Código Penal de Toscana de 1853, falava em “delitos de mínima importância política”, Francesco Carrara, em monografia datada de julho de 1883 e intitulada “Um novo delito”, falava da “nomomania ou nomorréia penal” como a praga de seu tempo em razão do esquecimento daquele aforismo romano.

Já Von Listz, também citado por Luisi (1991, p. 42), em 1896, enfatizava que a legislação de seu tempo fazia excessivo uso da arma da pena e que oportuno seria considerar a velha máxima latina.

Apesar destas alusões, o critério de se tomar a insignificância da infração penal cometida como razão para afastar a punição de seu agente não se encontra plasmado em lei, sendo, quando muito, tomado como um princípio de Direito Penal que vem sendo cada vez mais reconhecido pela doutrina e jurisprudência.

1.2 Fundamentos para a aplicação

O princípio da insignificância encontra fundamento em diversas características atinentes ao Direito Penal. Serão abordadas, de forma breve, a seguir, as principais.

1.2.1 Caráter fragmentário do Direito Penal

Quem primeiro registrou o caráter fragmentário do Direito Penal foi Binding, em 1896. Seu teor resulta da própria natureza desta seara do Direito.

Quando o Direito Penal resolveu eleger os bens jurídicos a serem por ele tutelados, serviu-se de uma escala de valores não só imposta pelas circunstâncias de história, ética e padrão cultural, mas também fornecida por outros ramos do Direito.

Em razão de tal aspecto, certas ações, não obstante próximas realisticamente das descritas nos tipos penais, caracterizam-se por guardar, em relação a estas, uma distância incomensurável de efeitos penais.

De fato, o Direito, ao cominar penas a determinadas condutas típicas, utilizou-se de um padrão estático de bens, de modo que as diferenças quantitativas e qualificativas devem ser controladas com o fito de salvaguardar-se uma coerência lógica entre infração e pena.

Por outro lado, lembra-se que é característica das regras de Direito a chamada textura aberta que existe, justamente, para abarcar uma gama de situações que podem ocorrer no meio social.

A partir deste rol de peculiaridades, pode sobrevir a materialização de uma série de condutas que, embora formalmente típicas, deveriam estar excluídas do âmbito de proteção estabelecido pelo Direito Penal. E tal exclusão seria justificada justamente pelo fato deste Direito representar o que Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1997, s.p.) chama de “Direito de Picos da Ilícitude”, ou seja, um Direito que, dentro de uma escala de ilicitude, preocupa-se com o plano mais alto, com as condutas mais graves e de repercussão.

1.2.2 Subsidiariedade (Direito Penal como última *ratio*)

Em razão da preocupação do Direito Penal com o que de mais grave possa ocorrer no meio social, deve-se entendê-lo como a *ratio* extrema, o último remédio a ser ministrado. Sua aplicação torna-se imprescindível apenas quando esgotados todos os outros meios de tutela aos bens jurídicos e legitima-se somente quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar devida tutela.

Do contrário, poderia cair-se no que Reinhart Frank *apud* Luiz Luisi (1991, p. 42) já em 1898, chamava de hipertrofia penal, que significa que o uso abusivo da pena faz com que a mesma perca parte de seu crédito e, portanto, sua força intimidadora, pois o corpo social deixa de reagir do mesmo modo que o corpo humano não mais reage quando um remédio lhe é ministrado em excesso.

Sob outro enfoque, ao estabelecer a sanção penal como última instância de controle social, acaba-se por reduzir alguns de seus efeitos deletérios, como a marginalização social e a estigmatização. Ainda que se tenha a pena como modelo de recuperação do indivíduo é inegável que sua aplicação constitui uma forma de castigo; basta dizer que o homem perde a oportunidade de escolher sozinho a forma de uso de sua liberdade, submetendo-se a uma direção imposta pelo Estado.

1.2.3 Equidade e Interpretação Razoável do Direito

Já se falou que a lei seleciona as condutas reputadas mais graves no plano geral da ilicitude e a elas comina a mais grave das sanções – a pena criminal. Em fase posterior a esse processo abstrato de seleção de condutas e cominação de penas, surge o momento da efetivação do sistema diante da prática de um crime.

A conduta foi materialmente praticada e a pena deve perder sua abstração e incidir concretamente sobre a situação fática. Pois bem, nesse instante pode surgir ao magistrado, aplicador da lei penal, um dilema: mesmo que aplique no menor grau possível a pena cominada, tal repressão demonstrar-se-á mais grave do que a reprovabilidade da ação.

Colocando-se na balança e com base em tal comparativo, observa-se um conflito ético calcado numa injustiça: a conduta, embora típica, não enseja sequer a repreensão mínima contida nos parâmetros da lei.

Ora, sabe-se que o Direito não é uma ciência exata e sim social, de onde se pode retirar um embasamento para efetuar-se uma interpretação mais razoável da norma penal, uma razoabilidade que deve ser analisada a partir da realidade concreta do mundo no qual opera o Direito.

1.2.4 Princípio da Proporcionalidade

A partir de tal exposição, fica mais fácil perceber-se que o Princípio da Insignificância tem seu fundamento também na proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime.

Evita-se que uma desproporção entre o efetivo dano causado ao bem jurídico protegido pela norma penal e a consequente reação estatal. Cria-se, em decorrência, uma consciência de que o Direito Penal é um instrumento apto a impedir vinganças.

1.3 Aplicabilidade

A aplicabilidade do princípio da insignificância teve início no século passado, na Justiça Comum brasileira, o que ocorreu, no início, de forma bastante tímida. Hoje, a aplicação já é bem mais aceita pela doutrina e jurisprudência, havendo algumas diferenças em relação à Justiça Militar, como se verá a seguir.

1.3.1 No direito penal comum

Observando que muitas vezes os juízes, durante a aplicação da lei e perante situações de conflito e incompatibilidades, amparavam-se em razões da chamada boa política criminal para justificarem um decreto absolutório e procederem a uma correção do sistema, Claus Roxin sugeriu uma acomodação desta política criminal no próprio sistema penal, evitando, pois, que seu exame e invocação ficassem ao arbítrio daquele operador do direito.

Assim, propôs que os elementos do delito, quais sejam, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, fossem analisados sob o prisma e à luz de sua função político-criminal.

No tocante ao primeiro elemento, extraindo as ideias de Claus Roxin, deve-se, inicialmente, adotar uma interpretação restritiva dos tipos penais, mesmo porque, como já dito, os conceitos abstratos podem ter um alcance legal maior que o desejado.

Nesse aspecto, deve-se considerar que a tipicidade não se esgota na concordância lógico-formal entre o fato e o tipo, isto é, na simples subsunção e, ainda, que o legislador tipificou condutas que deseja punir, bem como ações que causam prejuízos relevantes à ordem jurídica e que são ofensivas ou perigosas aos bens tutelados.

Desse modo, condutas que se amoldam a determinado tipo legal, mas não têm relevância material, não demonstram uma situação concreta de ofensa e não representam significativo ou potencial perigo de dano aos bens jurídicos, devem ser afastadas da incidência da pena.

Mesmo porque, com base na subsidiariedade do Direito Penal, não se pode considerar cegamente o mito da plenitude do ordenamento jurídico admitindo-se que o Estado deve perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração. Pelo caráter fragmentário devem ser desconsideradas certas condutas que, embora típicas, não atinjam de forma relevante os bens jurídicos tutelados, e assim por diante.

Então como perquirir, no caso concreto, o cabimento da aplicação do Princípio da Insignificância?

Segundo a doutrina clássica, o conceito de delitos insignificantes se concretiza pela análise da ação, do resultado e da culpabilidade. Dentro dessa construção será insignificante o delito se a ação e o resultado forem desvalorados e a culpabilidade for mínima.

Diomar Ackel Filho (1998, p. 75) aconselha cautela e propõe que o seu aplicador deve louvar-se do critério do *homo medius* para considerar o que razoavelmente pode ser tido como delito de bagatela.

Outros doutrinadores pressupõem a existência de um estado de necessidade, de absoluta necessidade que deve ser aferido por três meios: a) confrontando-se e colocando-se na balança o prejuízo já causado pela conduta e o mal a ser causado pela pena, devendo haver um saldo positivo em favor da pena criminal; b) que a pena cumpra sua finalidade de instrumento eficaz e para evitar outros prejuízos; c) que não haja medida mais econômica que seja igualmente efetiva.

A jurisprudência, por sua vez, tem conseguido elaborar critérios razoáveis de delimitação das condutas que devem ser consideradas insignificantes sob a ótica de um Direito Penal fragmentário e subsidiário: a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, a inexpressividade da ordem jurídica provocada e a fungibilidade do bem. A propósito:

TRANCAMENTO. AÇÃO PENAL. HC. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Trata-se, no caso, do furto de um Disco de Ouro, de propriedade de renomado músico brasileiro, recebido em homenagem à marca de 100 mil cópias vendidas. Apesar de não existir nos autos qualquer laudo que ateste o valor da coisa subtraída, a atitude do paciente revela reprovabilidade suficiente para que não seja aplicado o princípio da insignificância, haja vista a infungibilidade do bem. Para aplicar o referido princípio, são necessários a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da ordem jurídica provocada. Assim, a Turma denegou a ordem. (STJ, 2011, s.p.)

Nota-se, ainda, dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que deve haver um cuidado com a finalidade da aplicação do princípio da insignificância: “[...] o princípio da insignificância não pode ter a finalidade de afrontar critérios axiológicos elementares, pois poderia, erroneamente, ser utilizado como hipótese supralegal de perdão judicial calcado em exegese ideologicamente classista ou, então, emocional. [...]” (STJ, 2008, s.p.)

Destarte, o primeiro julgamento em que o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da insignificância foi o do RHC 66.869/PR, julgado pela Segunda Turma, em 6/12/1988, em que entendeu como inexpressiva a lesão corporal provocada (pequena equimose) em acidente de trânsito.

A título de exemplo da aplicação na atualidade, apontam-se os seguintes julgados de recursos:

RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS PARA FINS DE REVISÃO DO TEMA N. 157. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAIS E DE DESCAMINHO, CUJO DÉBITO NÃO EXCEDA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. ENTENDIMENTO QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF, QUE TEM RECONHECIDO A ATIPICIDADE MATERIAL COM BASE NO PARÂMETRO FIXADO NAS PORTARIAS N. 75 E 130/MF - R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). ADEQUAÇÃO. 1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO - Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho. 2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. 3. Recurso especial provido para cassar o acórdão proferido no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0000196-17.2015.4.01.3803/MG, restabelecendo a decisão do Juízo da 2ª Vara Federal de Uberlândia - SJ/MG, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor do recorrente pela suposta prática do crime previsto no art. 334 do Código Penal, ante a atipicidade material da conduta (princípio da insignificância). (STJ, 2018, s.p.)

O julgado acima advém de recurso repetitivo e denota mudança jurisprudencial em razão de portarias do Ministério da Fazenda acerca do limite para que se considerem crimes tributários federais e de descaminho. O embasamento se dá na aplicação do princípio da insignificância.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. RESTITUIÇÃO DOS BENS AO OFENDIDO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. RESTABELECIMENTO DA DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA. 1. O furto a hipermercado, consistente na subtração de dois jogos de talheres, avaliados em R\$ 139,80 (cento e trinta e nove reais e oitenta centavos), aproximadamente 15% do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, representa inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado, de modo a autorizar a incidência do princípio da insignificância e o restabelecimento da decisão de primeiro grau que rejeitou a denúncia. 2. Agravo regimental improvido. (STJ, 2019, s.p.)

Neste julgado, por outro lado, tem-se o caso de furto a supermercado, que deve ser excluído da apreciação da lei penal quando os itens furtados forem de valor irrisório. Em relação a esse tipo de crime em específico, as Cortes Superiores brasileiras já aplicam o princípio da insignificância desde a década de 80, quando, de forma geral, tal preceito começara a ser utilizado em decisões.

HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de Colegiado ou individual. TRÁFICO – SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – PEQUENA QUANTIDADE – INSIGNIFICÂNCIA. O tráfico, pouco importando a quantidade da substância entorpecente, é crime que não viabiliza a observância do princípio da insignificância. (STF, 2018, s.p.)

Noutro vértice, vale ressaltar, como se vê acima, que o Supremo Tribunal Federal ainda não aplica o princípio da insignificância em relação ao tráfico de pequena quantidade de entorpecente, por entender que a natureza do crime, por si só, é bastante grave.

Em outras palavras, valendo-se dos critérios citados no início deste tópico, os julgadores, caso a caso, aplicam ou não o princípio da insignificância.

1.3.2 No direito penal militar

Mesmo que muitos doutrinadores indiquem que a aplicação do princípio da insignificância no Brasil é exclusivamente jurisprudencial, tem-se, na verdade, que a legislação penal militar já o positivou desde 1969, data em que entrou em vigor o atual Código Penal Militar. Nas hipóteses previstas, preenchidos os requisitos legais para o reconhecimento do princípio da insignificância, o fato passa a ser considerado um indiferente penal e seu agente poderá ser sancionado na esfera administrativa disciplinar. A propósito:

Crimes militares em que o princípio positivado é aplicável: a) Lesão corporal (art. 209, caput). O §6º, do art. 209 prevê que “no caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar”. [...]b) Furto simples (art. 240, caput), qualificado (art. 240, §§ 4º e 5º), apropriação indébita (arts. 248 e 249), estelionato e outros tipos de fraude (previstos nos arts. 251 e 252), receptação simples (art. 254) e emissão de cheque sem fundos (art. 313). A

todos esses delitos aplica-se o disposto no §1º, do art. 240 (como estabelecem os arts. 250, 253, 254, parágrafo único, e 313, §2º) [...] Já no crime de dano simples (art. 259), o princípio está expresso no art. 260, de redação semelhante à do §1º do art. 240 [...]. (AUGUSTO, 2015, p. 239-240)

Noutro vértice, pairam, nas Cortes Superiores, discussões acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância propriamente dito, em especial em relação a outros delitos previstos no Código Penal Militar, como o uso indevido de uniforme (art. 172), deserção (art. 187), abandono de posto (art. 195), lesão corporal (art. 209, caput), furto simples (art. 240, caput), furto qualificado (art. 240, §§4º, 5º ou 6º), apropriação de coisa havida por erro (art. 249), estelionato (art. 251), drogas (art. 290), desacato (art. 298) e peculato e peculato-furto (art. 303 e §2º). Colacionam-se, a seguir, julgado em relação a um dos delitos:

EMENTA: APELAÇÃO. ART. 290 DO CPM. INCONFORMISMO DA DEFESA. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE NO INTERIOR DE UNIDADE MILITAR. AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESTES. TESES DEFENSIVAS REJEITADAS. CONVERSÃO DA PENA DE RECLUSÃO EM PRISÃO. LICENCIAMENTO DO RÉU. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. I. A autoria e a materialidade delitivas se encontram sobejamente comprovadas nos autos, sem quaisquer causas legais ou supralegais de exclusão do crime. II. O art. 290 do Código Penal Militar foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, porquanto a reprimenda penal atende aos valores que devem ser observados na caserna, portanto, não há que se falar em qualquer violação aos dispositivos da Carta Magna de 1988. III. A substituição de pena mais rigorosa, prevista no art. 290 do CPM, por outra mais branda, nos termos das Convenções de Nova Iorque e de Viena, não encontra possibilidade no ordenamento militar brasileiro. IV. A posse e o uso de entorpecentes em área militar configuram a necessidade de tutela diferenciada, não somente para a salvaguarda da idoneidade das instituições, mas, também, pela segurança que requerem. V. No tocante à Lei nº 13.491/2017, embora a nova redação do art. 9º do CPM tenha permitido a expansão da competência da Justiça Militar, não há que se falar em revogação tácita de dispositivos do Código Castrense. VI. Esta egrégia Corte pacificou o entendimento de não ser aplicável no âmbito da Justiça Militar da União os dispositivos da Lei nº 11.343/2006, considerando a especialidade da legislação penal militar e, obviamente, os princípios basilares das Instituições Militares: hierarquia e disciplina. VII. Provimento parcial do Apelo, para tão somente excluir da Sentença a conversão da reprimenda em prisão, fixando-se o regime aberto para o cumprimento inicial da execução da pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, em caso de descumprimento do sursis, tendo em vista que o Réu já foi licenciado do serviço ativo. VIII. Apelo provido parcialmente. Decisão unânime. (STM, 2019, s.p.)

Ricardo de Brito (1996, s.p.) por outro lado, analisando a aplicação do Princípio da Insignificância na Justiça Militar, faz algumas notas sobre certas peculiaridades encontradas. Primeiramente, lembra que tal princípio pode ser melhor aplicado no âmbito da Justiça Militar. Justifica tal asserção ressaltando o seguinte:

[...] é a própria realidade concernente ao funcionamento da Justiça Militar Federal que nos leva a crer que o princípio da insignificância pode ser melhor aplicado em sua esfera do que no âmbito da Justiça Militar Estadual e Justiças Comuns Estadual e Federal. Ao contrário destas últimas, a Justiça Militar Federal lida com um número bem mais adequado de processos. [...] um dos argumentos que vem sendo utilizado para justificar o uso indiscriminado do princípio da insignificância é precisamente a excessiva carga de trabalho representada por centena, e, às vezes, milhares de processos que tramitam nas varas do Judiciário como um todo. Diante de um problema de tal magnitude, torna-se grande a tentação de não enfrentar situações onde ocorram lesões menos graves, sobretudo, a bens jurídicos de menos importância, na escala das leis penais. Desse modo, aplica-se inadequadamente o princípio recorrendo a uma justificativa de inegável importância prática: o acúmulo de processos. Tal risco não corre na Justiça Militar Federal por encontrarem-se juízes e membros do Ministério Público em melhores condições de trabalho para analisarem, satisfatoriamente, os fatos à luz do princípio da insignificância. (BRITO, 1996, s.p.)

Com efeito, nota-se que o grau de reprovabilidade das condutas insignificantes para o *homo medius* é distinto do existente entre os integrantes das Forças Armadas. O que é socialmente aceitável entre civis muitas vezes merece repulsa da sociedade militar. Tal influência é exercida, por lógica, quanto à aplicabilidade do princípio de bagatela.

2. OBJEÇÕES AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Por não encontrarem uma previsão legislativa para o Princípio da Insignificância, muitos autores formalistas se opõem à sua aplicação. Numa posição eminentemente positivista, alegam que seu reconhecimento contribui para a edificação de um estado de profunda insegurança jurídica.

Neste diapasão, destaque-se, todavia, que não se pode reduzir o direito à lei, mesmo porque existem, como é sabido, as chamadas causas supraleais de exclusão de ilicitude.

Por outro lado, a aplicação do Princípio da Insignificância, como forma de descriminalização, conduz à sensação de carência de tutela jurídica, incita a crença de uma ausência de resposta a situações que implicam violações e lesões a direitos muitas vezes pertencentes a vítimas incipientes no ingresso ao Judiciário.

Talvez tal entendimento seja gerado por uma má compreensão do conteúdo do princípio em tela, pois não se propõe com ele que condutas lesivas de pouca relevância passem a ser consideradas lícitas. A idéia, ao contrário, é retirá-las da área de influência do

direito penal, transferindo a solução do problema para outros ramos do ordenamento jurídico ou mesmo outros instrumentos de controle social.

A medida traz inúmeras vantagens, como evitar, em determinados casos, os custos sociais decorrentes da manutenção da incriminação, a eliminação da sobrecarga de trabalho representada pelo excessivo número de casos relativos a delitos de bagatela, tornando-se possível obter efetiva tutela jurisdicional em relação aos casos mais graves.

Sob um último enfoque, prega-se a proibição do Princípio da Insignificância tendo em vista a previsão legal de tipos privilegiados (furto de coisa de pequeno valor - art. 115, parágrafo segundo, do Código Penal; apropriação indébita de pequeno valor - art. 170, do Código Penal; estelionato de pequeno prejuízo à vítima - art. 171, parágrafo primeiro, do Código Penal; receptação de coisas idênticas – art. 180, parágrafo terceiro, do Código Penal) e contravenções.

Certifique-se, entretanto, que nada impede que a ofensa seja tão ínfima que sequer se subsuma a tal repertório, valendo ressaltar, também, que essas posições avessas ao princípio da significância são vencidas pela doutrina e jurisprudência majoritárias.

3. OUTRAS TÉCNICAS DE DESCRIMINALIZAÇÃO

De um modo ou de outro, nossos Tribunais sempre reconheceram a irrelevância penal em certos casos. O Judiciário, ainda que sob outra roupagem, adotou-a intrinsecamente, fundamentando suas decisões ora afirmando duvidoso o elemento subjetivo tido como fundamental em determinadas ações, ora admitindo insuficiente o quadro probatório para a condenação.

Assim, embora invocassem justificativa diversa e indevida, os intérpretes da lei se curvaram perante a realidade e acabavam por desconsiderar fatos que, por sua insignificância, revelavam-se indiferentes ao Direito Penal.

Antigamente, quando não se adotava o princípio da insignificância como motivo para reconhecer a atipicidade material das condutas, a prolação de sentenças absolutórias fazia-se em nome da chamada boa política criminal.

Não obstante, na doutrina existe a adoção de outros princípios, estando dentre eles o da Adequação Social e o da Ofensividade, também ligadas à insignificância penal.

3.1 Princípios

Com a mesma força do princípio da insignificância, mas com enfoques diferentes, os princípios da adequação social e da lesividade (ou ofensividade) também pode ensejar a despenalização do agente.

3.1.1 Da adequação social segundo Welzel

Segundo tal princípio, existem condutas que, embora formalmente típicas, podem não ser objeto de reprovação social.

Miguel Reale Júnior *apud* Carlos Vico Mañas (1994, p. 32), esclarecendo tal incidente, lembra-nos da exploração de motéis, fato que, em tese, configura o delito previsto no artigo 229 do Código Penal. Nesta hipótese, apesar de existir uma efetiva contradição da ação com os preceitos da legislação penal, deixa ela de ser típica em razão de já ser aprovada pela coletividade e estar carregada de um desvalor.

Destarte, essa construção social e doutrinária gerou mudança de entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu que a exploração de motéis não configura o delito previsto no artigo 229 do Código Penal, sendo este, hoje, o entendimento majoritário da corte.

No Recurso Especial nº 1.424.233/SP (2017, s.p.) referente ao “Caso Bahamas”, o Min. Rogério Schietti, em seu voto, considerou que, para a configuração do crime de manutenção de casa de prostituição (artigo 229 do CP), é necessário que o estabelecimento seja local exclusivo de prostituição, de maneira que não há tal o crime nos casos em que o estabelecimento apresenta atividades outras além da prostituição.

Adverte-se, todavia, que o uso de tal princípio fica, até certo ponto, limitado, pois terá ativa a aplicação somente naquelas circunstâncias em que existe uma esclerotização legislativa, ou seja, no instante em que se denota que os velhos esquemas normativos são dificilmente adequáveis à realidade econômica-social.

Juarez Tavares e Luiz Regis Prado *apud* Francisco Muñoz Conde (1988, p. 33), por exemplo, não aceitam tal princípio como causa de exclusão de tipicidade. Reconhecem que existe, muitas vezes, uma defasagem entre o preceituado na norma e o que socialmente se considera adequado e que tal situação pode, inclusive, conduzir a uma derrogação formal do preceito legal, mas ressaltam que, enquanto isto não ocorrer, não se pode admitir que a adequação social seja uma causa de exclusão de tipicidade. Seu entendimento, contudo, não é aceito pela doutrina majoritária.

3.1.2 Princípio da Ofensividade

Tal princípio é fruto da chamada concepção realística do crime e também pode ser chamado de princípio da lesividade. Por ele, entende-se que a conduta de ofensa a determinado bem jurídico, embora típica, deixa de configurar crime quando não tenha idoneidade para ofender o interesse protegido.

O princípio da ofensividade (ou lesividade) exerce função dupla no direito penal em um Estado Democrático de direito: a) função político-criminal – esta função tem caráter preventivo informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativos-criminais; b) função interpretativa ou dogmática – esta finalidade manifesta-se a posteriori, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito penal, no momento em que se deve aplicar, in concreto, a norma penal elaborada.” (Bitencourt, 2008, p. 22)

Alguns autores registram, ainda, que a disposição de crime impossível prevista no Código Penal deriva deste princípio. Tal preceito influencia, assim como o princípio da adequação social, na tipicidade do crime.

3.2 Infrações de menor potencial ofensivo

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, inciso I, valeu-se da idéia de infrações de menor potencial ofensivo para definir um sistema procedimental específico para apuração daquilo que se poderia chamar de pequena criminalidade.

Nesse contexto, previamente faz-se mister demonstrar a dissensão, existente na doutrina, sobre o que se deve entender por infrações de menor potencial ofensivo.

O Professor Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1997, p. 30) assevera que o primeiro intento legislativo para controle do Princípio da Insignificância, ao invés de prestigiá-lo, elimina-o criando uma competência jurisdicional específica para processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo.

Para ele, as infrações de menor potencial ofensivo encontram-se numa escala intermediária entre as de grande potencial ofensivo e as de nenhum potencial ofensivo, não podendo confundir-se o Princípio da Insignificância com crimes de pouca significação. Segundo ele, pelo princípio afasta-se a tipicidade do crime por ausência de seu elemento material, pelos últimos, busca-se uma alternativa processual mais célere, pela menor importância do delito.

Sustenta, ainda, que o legislador foi extremamente infeliz, pois se a infração é de menor potencial ofensivo, não pode ter natureza penal, uma vez que não cabe ao Direito Penal cuidar de pequenas ofensas a bens jurídicos.

Por sua vez, o professor Luiz Flávio Gomes (1989, s.p.), advertindo da dificuldade de delimitar-se o conceito de “pequena e média criminalidade”, adverte que nossa Constituição Federal usou a locução “infrações de menor potencial ofensivo” para identificá-las.

Em todo caso, pactuamos do entendimento de Carlos Ismar Baraldi (1994, s.p.) no sentido de que houve uma incorporação, mesmo que indireta, do Princípio da Insignificância no Direito Processual Penal Brasileiro, quando se transformaram as infrações de menor potencial ofensivo em alvo dos Juizados Especiais Criminais.

Com efeito, quando o legislador assim dispôs constitucionalmente, optou por um instrumento de solução da criminalidade de massa, fazendo com que, em conformidade com o caráter de subsidiariedade do Direito Penal, os juízes criminais se ocupassem das causas onde a lesão fosse mais contundente e o formalismo imperasse.

Nesse sentido, basta atentar-se para os princípios ressaltados no art. 2º da Lei n. 9099 (BRASIL, 1995, s.p.): *“oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, buscando, sempre que possível a conciliação e a transação”*.

Dentre as peculiaridades da Lei que trata das infrações de menor potencial ofensivo ressalta-se a transação penal (representando a disponibilidade da ação penal pública e, conseqüentemente, do *jus puniendi* estatal) e a suspensão condicional do processo que, apesar de inúmeras críticas, constituem formas de despenalização.

Além disso, o legislador veio a atender um antigo reclamo, pois, segundo notícia Álvaro Lazzarini (1994, s.p.), já em 1935, Vicente Ráo já dava ao Brasil um Projeto de Lei moderno criando o Juizado de Instrução Criminal. Diga-se, ademais que o Estado de Mato Grosso do Sul foi o pioneiro no Brasil quanto à criação do Juizado Especial Criminal. Por proposta do Tribunal de Justiça daquele Estado, foi aprovada a Lei 1071/90, que criou os Juizados Cíveis e Criminais.

CONCLUSÕES

É importante o estudo do princípio da insignificância, sob o olhar de seu histórico, fundamentos, aplicabilidade e comparações com outros institutos, pois, apesar das diferentes nuances que o envolvem, a pesquisa acaba por se apresentar de forma mais ampla.

Como cediço, da ineficácia do direito penal em relação a diversas situações e do abarrotamento do Poder Judiciário brasileiro, viu-se a necessidade de, dando eficácia à subsidiariedade do direito penal, aplicar princípios como o da adequação social, da ofensividade e, especialmente, da insignificância – nomenclatura lançada por Claus Roxin.

Daí porque, com base em fundamentos como a proporcionalidade da pena, a subsidiariedade, a fragmentariedade e a equidade, viu-se a necessidade de não punir, em qualquer circunstância, um agente – caso falem condições para tanto.

Destarte, a aplicação do princípio da insignificância veio sendo cada vez mais aceita pela doutrina e pela jurisprudência das Cortes Superiores da Justiça Comum brasileira da década de 80 até os dias atuais, ganhando critérios mais objetivos de aplicabilidade.

Na Justiça Militar, noutro vértice, a aplicabilidade se mostra mais restrita, mas ainda ocorre, existindo doutrinadores que entendam que tal princípio está escondido no Código Penal Militar, em algumas hipóteses de despenalização.

De toda maneira, apesar de existirem doutrinadores desfavoráveis ao princípio de bagatela de uma maneira geral, esses acabaram sendo vencidos pela doutrina e jurisprudência majoritárias, que, mais realistas, entendem a necessidade de uma transformação da penalização e defendem a aplicação do princípio da insignificância.

A aplicação do princípio, então, cada vez mais aceita e abrangente, tem transformado o direito penal, trazendo mais justiça, por exemplo, ao pobre que rouba uma lata de leite no supermercado e não será mais – como antes da bagatela - preso junto de outro agente dado à prática de diversos crimes violentos. Além disso, é louvável, também, o surgimento dos Juizados Especiais Criminais, que trazem outros institutos despenalizadores, influenciados, em nosso entender, pelo dito princípio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**. In: *Revista do Tribunal de Alçada de São Paulo*, v. 94, 1988.

AUGUSTO, André Lázaro Ferreira Augusto. **A aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial militar**. In: Revista do Ministério Público Militar, ed. 24, p. 226-263.

BARALDI, Carlos Ismar. **Teoria da Insignificância Penal**. In: Revista da Escola de Magistratura de Mato Grosso do Sul, n. 6, 1994.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA USP. Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 03/04/2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**, vol. 1, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. **O conceito de princípio: uma questão de critério**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, vol. 7, n.7, p. 247-269, jan/jun, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689/41**: Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 03 de abril de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657/42**: Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 04 de abril de 2019.

BRASIL. Lei nº 9.099/95: **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 04 de abril de 2019.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. Ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **O Direito Penal Militar e a Utilização do Princípio da Insignificância pelo Ministério Público**. In: Revista da Escola de Magistratura de Pernambuco, n. 2, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 155, 1989.

GUSTIN, Miracy. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: Teoria e Prática**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

LAZZARINI, Álvaro. O papel da investigação e do sistema na prevenção do crime. In: *Revista dos Tribunais*, v. 702, 1994.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LUISI, Luiz. **A crise do sistema penal – soluções processuais**. In: LARA, Marcelo D'Ângelo. O fenômeno do panpenalismo e sua influência na realidade legislativa do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 53, 2011, p. 83 -98.

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

PRADO, Luiz Regis; TAVARES, Juarez. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre : Sérgio A. Fabris Editor, 1988. In: MAÑAS, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo : Saraiva, 1994.

REALE JUNIOR, Miguel. *Direito Penal Aplicado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. In: MAÑAS, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo : Saraiva, 1994.

STF. Habeas Corpus 141500/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ: 13/11/2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRINCIPIO+DA+INSIGNIFICANCIA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y84nqqz2>. Acesso em: 03 de abril de 2019.

STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial RS 935086. Relatora: Ministra Jane Silva. DJ: 08/09/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200700667550&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 03 de abril de 2019.

STJ. Habeas Corpus 190002/MG. Relator Ministro Og. Fernandes. DJ: 21/02/2011. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=disco+de+ouro&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR. Acesso em: 04 de abril de 2019.

STJ. Agravo Regimental em Recurso Especial SP 1424233. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 10/08/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/turma-stj-absolve-oscar-maroni-manter.pdf>. Acesso em 03 de abril de 2019.

STJ. Recurso Repetitivo - Recurso Especial 1709029/MG. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. DJ: 04/04/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 04 de abril de 2019.

STJ. Agravo Regimental em Habeas Corpus 492033/SP. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. DJ: 02/04/2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 04 de abril de 2019.

STM. Habeas Corpus 7000994-86.2018.7.00.0000. Relator Ministro José Barroso Filho. DJ: 27/02/2019. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/consulta.php?field_filter=ementa&q=insignific%C3%A2ncia. Acesso em: 04 de abril de 2019.