

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO**

Bruno Kern Azambuja

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS FORMALMENTE TÍPICAS,
MEDIANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

Santa Cruz do Sul
2020

Bruno Kern Azambuja

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS FORMALMENTE TÍPICAS,
MEDIANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Cuozzo Marconatto

Santa Cruz do Sul

2020

RESUMO

O presente trabalho possui como foco analisar a aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal. Nestes termos, indaga-se: quais os requisitos utilizados pela Suprema Corte para empregar o instituto bagatelar, descriminalizando condutas formalmente típicas? O método de abordagem utilizado é dedutivo, em pesquisa aplicada de caráter descritivo, visando averiguar as decisões do Supremo Tribunal Federal em relação a aplicação do princípio da insignificância, desta forma, os resultados serão apresentados de forma qualitativa, a partir da coleta de informações em fontes secundárias, incluindo livros, artigos e a jurisprudência da Suprema Corte. É de fundamental importância o estudo do tema, visto que a sanção penal é a consequência natural imposta pelo Estado, aos agentes que cometem infrações tipicamente previstas, utilizando como método de enquadramento a Teoria Geral do Delito, além disso, como o princípio da insignificância não encontra-se expressamente previsto na legislação brasileira, a maneira correta de sua aplicação ou restrição acaba sendo construída concomitantemente a sua utilização ou afastamento nos casos concretos, em especial, pelos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância. Teoria Geral do Delito. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present work focuses on analyzing the application of the principle of insignificance by the Federal Supreme Court. In these terms, we ask: what are the requirements used by the Supreme Court to employ the insignificance institute, decriminalizing formally typical conduct? The approach method used is deductive, in applied research of descriptive character, aiming to ascertain the decisions of the Supreme Federal Court in relation to the application of the principle of insignificance, in this way, the results will be presented in a qualitative way, from the collection of information in secondary sources, including books, articles, and Supreme Court jurisprudence. The study of the topic is of fundamental importance, since the criminal sanction is the natural consequence imposed by the State, on the agents who commit infractions typically foreseen, using the General Theory of Crime as a framing method. In addition, as the principle of insignificance is not expressly provided on the Brazilian law, the correct way of its application or restriction ends up being constructed concomitantly its use or removal in specific cases, especially, by the judgments of the Supreme Federal Court. Keywords: Principle of Insignificance. General Theory of Crime. Supreme Federal Court.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	06
2	O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	08
2.1	Aspectos históricos do princípio da Insignificância	10
2.2	Os princípios no Direito Penal.....	12
2.3	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	13
2.4	Princípio da Legalidade.....	14
2.5	Princípio da Intervenção Mínima	15
2.6	Princípio da Proporcionalidade.....	17
2.7	Princípio da Lesividade ou Ofensividade e os requisitos da inexpressividade da lesão jurídica provocada, da mínima ofensividade da conduta do agente e da ausência de periculosidade social da ação.....	18
2.8	Princípio da Adequação Social e requisito do reduzidíssimo grau de reprovação social da ação	20
3	DO DIREITO DO ESTADO DE PUNIR.....	23
3.1	Teoria Absoluta ou Retributiva	24
3.2	Teoria Relativa ou Preventiva	25
3.3	Teoria Unificadora ou Mista	26
3.4	Conceito de Infração Penal e Crime	27
3.5	Teoria Geral do Delito.....	28
3.5.1	Tipicidade	30
3.5.2	Illicitude	33
3.5.3	Culpabilidade	35
4	DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	38
4.1	Dos requisitos objetivos	38
4.2	Da presença de reincidência.....	40
5	CONCLUSÃO.....	53
	REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema da construção do entendimento para a aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da análise da tipicidade material dos delitos, resultando na descriminalização de ações ou omissões formalmente típicas. Nestes termos, procura-se responder quais os requisitos utilizados pela Suprema Corte para empregar o instituto bagatelar.

O método de abordagem utilizado é dedutivo, em pesquisa aplicada de caráter descritivo, visando averiguar as decisões do Supremo Tribunal Federal em relação a aplicação do princípio da insignificância, desta forma, os resultados serão apresentados mediante abordagem qualitativa, a partir da coleta de informações em fontes secundárias, incluindo livros, artigos e a jurisprudência da Suprema Corte.

No primeiro capítulo, serão abordados o conceito do instituto bagatelar, suas origens, bem como serão abordados os princípios correlacionados a sua aplicação, em especial, os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da intervenção mínima e da proporcionalidade. Assim como os princípios que fundamentam os requisitos objetivos definidos no *Habeas Corpus* 84.412-0-SP, julgado em 2004, pelo Supremo Tribunal Federal, sendo estes a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexpressividade da lesão jurídica provocada, a nenhuma periculosidade social da ação, fundamentados pelo princípio da lesividade ou ofensividade, e o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, baseado no princípio da adequação social.

No segundo capítulo, passa-se a abordagem das duas principais teorias que fundamentam a aplicação das sanções penais pelo Estado, as teorias retributiva e preventiva, bem como a teoria mista que busca aplicar os principais fundamentos de ambas as teses. Além disso, serão investigados os conceitos de infração penal, contravenção e crime para o direito penal brasileiro, bem como os métodos utilizados pela Teoria Geral do Delito para correta averiguação da presença, ou ausência, de delitos nos casos concretos, por meio dos eixos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

No terceiro capítulo, será abordado o julgamento do *Habeas Corpus* 84.412-0-SP, julgado em 2004, pelo Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do ministro Celso de Mello, visto que foi de fundamental importância para a utilização do instituto bagatelar, no âmbito do direito brasileiro, introduzindo os quatro requisitos objetivos

que serviriam de base a futura aplicação da insignificância pelas demais varas e tribunais brasileiros. No mais, será analisado o Habeas Corpus 123.108-MG, de 2015, apreciado e julgado também pela Suprema Corte, em que foi debatida a possibilidade, ou não, da aplicação do princípio da insignificância a agentes que possuam reincidência na mesma espécie delitiva praticada, ainda que o resultado da lesão ao bem jurídico configure-se como insignificante.

Por fim, é importante a investigação do presente tema, tendo em vista que em decorrência de o princípio da insignificância não encontra-se expressamente previsto na legislação brasileira, a maneira correta de sua aplicação ou restrição acaba sendo construída, concomitantemente, ao seu emprego ou afastamento nos casos concretos, em especial, pelos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância é instrumento jurídico utilizado para afastar as penalidades previstas para determinado tipo penal, em virtude de a lesão causada ao bem jurídico tutelado ser mínima ou insignificante. “O Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico” (CAPEZ, 2012, p. 27).

A simples transgressão a determinada conduta prevista como delito penal, não deve ser suficiente para configurar o injusto típico, devendo ser considerada a efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta cometida pelo agente e a dimensão da intervenção estatal (BITENCOURT, 2012).

O Habeas Corpus nº 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Melo, atribuiu critérios a serem avaliados na aplicação do princípio da insignificância, sendo estes, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Conforme Capez (2012) toda conduta humana deve ser avaliada de acordo com a lesão que provocou e em consideração a reprovabilidade social que desperta.

Apesar de o termo insignificante possuir dimensão ampla e fluída é fundamental que, durante sua apreciação nos casos concretos, sejam levados em conta critérios objetivos, buscando maior coerência e equidade na aplicação do instrumento, não devendo ser deixada a decisão ser realizada tão-somente pela interpretação subjetiva dos magistrados (PRADO, 2011).

As modernas teorias de imputação objetiva utilizam o princípio bagatelar como método para determinar o injusto penal, afastando a tipicidade material nos casos em que a lesão aos bens jurídicos-penais tutelados seja ínfima (PRADO, 2011).

O Direito Penal não deve ocupar-se de delitos bagatelares, preservando seu caráter subsidiário e de *ultima ratio*, nesse sentido, os tribunais pátrios tem absolvido os réus quando considerada ínfima a lesão praticada aos bens jurídicos tutelados. No mais, para correta aplicação da insignificância deve ser considerado o valor do bem jurídico em casos concretos, do ponto de vista do agressor, da vítima e da sociedade, a consideração da lesão ao bem jurídico em uma visão global e a consideração particular dos bens jurídicos imateriais de expressivo valor social (NUCCI, 2011).

O princípio da insignificância afasta da apreciação do Poder Público delitos de menor importância, possibilitando ao Estado intervir penalmente na repressão de condutas significantes que, de fato, causam danos a bens jurídicos protegidos de maior relevância para a sociedade. Assim, afastando-se as transgressões de pequena monta, o Estado pode atuar com maior eficiência no combate às condutas que, realmente, causam lesões significantes aos bens jurídicos protegidos pela legislação penal, cumprindo dessa forma o Direito Penal sua função primordial (BITENCOURT, 2012).

Roxin (2009, p. 17) ressalta a função do Direito Penal, bem como a importância do equilíbrio entre a intervenção estatal e a liberdade individual:

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade do cidadão. [...] A ideia que se subentende a esta concepção é que se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal necessária como também a liberdade individual possível.

A utilização do princípio da bagatela não avalia tão-somente o aspecto formal da conduta do agente, tendo este praticado conduta que adequa-se a determinado tipo penal positivado, mas também os elementos materiais da conduta, analisando se houve de fato lesão ao bem jurídico protegido pela lei penal. Dessa forma, é possível averiguar de maneira mais aprofundada se cabe ao Estado realmente ingressar com todas os instrumentos indispensáveis à realização de uma ação penal ou se deve abster-se de intervir no caso, afastando a tipicidade material do delito pela insignificância da lesividade da conduta praticada (CAPEZ, 2012).

Nesse sentido, Capez (2012, p. 18) ressalta a importância de o Direito Penal selecionar apenas os comportamentos mais nocivos a sociedade:

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.

Nesse sentido, a ausência de lesão significativa aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal tem como resultado o afastamento das sanções determinadas, cabendo a outras esferas do direito a apreciação da conduta transgressora.

Na elaboração de normas penais o legislador deve selecionar os bens jurídicos mais valiosos a sociedade, afastar as condutas que sejam consideradas socialmente adequadas, bem como aquelas que possam ser tuteladas pelos demais ramos do direito, e tão-somente após esta análise o legislador deve delimitar as condutas passíveis de sanção penal, em vista de seu caráter subsidiário (GRECO, 2007).

Os crimes de bagatela não devem ser confundidos com a criminalidade de menor potencial ofensivo, prevista na Lei 9.099/95 e julgada nos Juizados Especiais Criminais, porque nestes a ofensa não pode ser vista como insignificante, tendo em vista que as infrações possuem gravidade perceptível socialmente, além disso, as infrações de menor potencial ofensivo são reconhecidas como fatos típicos, ilícitos e culpáveis, não ocorrendo o afastamento da tipicidade, sendo sujeitas, portanto, a sanção penal (CAPEZ, 2012).

Entre as principais críticas à aplicação princípio da insignificância está a ideia de que seria método utilizado para garantir a impunidade a agentes que transgridem normas, ocasionando estímulo para que o infrator volte a delinquir, em virtude de não ter sido punido por conduta tipificada como crime ou infração penal prevista pela legislação. Entretanto não é cabível a aplicação do Direito Penal em delitos considerados inexpressivos, somente por conta de sua expressa previsão legal, devendo o julgador atentar-se ao caráter material da infração praticada (GRECO, 2007).

De forma semelhante a Greco (2007), Nucci (2011) ressalta que o princípio da insignificância deve levar em consideração também o histórico do autor do fato, devendo ser verificado os antecedentes penais do infrator, não podendo o referido princípio servir de incentivo ao cometimento de crimes ou como imunidade ao criminoso habitual, nestes casos, em que o autor for reincidente, deveria ser aplicado a atipicidade por bagatela.

Para melhor compreender a aplicação do princípio da insignificância é necessário discorrer sobre seus aspectos históricos, bem como princípios correlacionados fundamentais para o entendimento de sua utilização.

2.1 Aspectos históricos do princípio da Insignificância

O princípio da insignificância possui cunho civilista e é originário do Direito Romano, tendo sido introduzido por Claus Roxin, em 1964, no sistema penal, em vista

de sua utilidade adequar-se aos objetivos sociais da moderna política criminal (CAPEZ, 2012).

O entendimento de Capez (2012) vai ao encontro da concepção de Mañas (1994, p. 56) que ratifica que “pode-se afirmar que o princípio já vigorava no direito romano, pois o pretor, em regra geral, não se ocupava de causas ou delitos insignificantes, seguindo a máxima contida no brocardo *minimis non curat pretor*”.

Lopes (2000) diverge de Capez (2012) e Mañas (1994) entendendo que o princípio da insignificância originou-se no pensamento liberal iluminista, pois os romanos apresentaram um direito voltado ao âmbito civil e desconheciam o princípio da legalidade.

Para Lopes (2000, p.41-42) o princípio da insignificância nunca pode ser dissociado do princípio da legalidade:

Não se pode desvincular o princípio da insignificância do princípio da legalidade [...]. A insignificância não é exceção à legalidade, mas princípio complementar densificador de seu conteúdo material. Onde não se valoriza a legalidade, qual será o papel da insignificância? Ao contrário de grande parte da doutrina, menos atenta a esse aspecto, entendo que o que justifica modernamente o princípio da insignificância e sua aceitação no Direito Penal não é seu caráter opositor ao direito positivo, qual fosse uma solução extrajurídica para problemas aplicativos daquela modalidade descritiva de direito, mas a sua natureza intrínseca à normatividade jurídica.

Atribui-se a origem moderna do princípio da insignificância ao jurista alemão Claus Roxin, em 1964, o jurista teria criado o termo “criminalidade de bagatela” em um contexto de crises social, desemprego e escassez de alimentos que dominou a Europa após a Segunda Guerra Mundial, ocasionado aumento da prática de crimes considerados insignificantes, principalmente, pelas camadas mais carentes da população, especialmente pequenos furtos. Dessa forma, Roxin formulou a concepção moderna do instituto da insignificância excluindo da apreciação do Direito Penal crimes considerados de pequena monta, por meio afastamento das sanções legais previstas, mediante análise da tipicidade material, sendo fundamental a comprovação de que houve lesividade significativa aos bens jurídicos tutelados para o prosseguimento da ação penal (SILVA, 2010).

Mañas (1994, p. 53) ratifica a importância de que os delitos sejam considerados do ponto de vista material, bem como verificada sua reprovabilidade social:

A concepção material de tipo, em consequência, é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não mais são objetos de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.

Dessa forma, independente de a origem ser contraditória, entende-se que o princípio da insignificância possui longa trajetória jurídica estando presente em diferentes legislações ao longo da história, que serviram como base para o direito moderno brasileiro. Pode-se concluir, que a função de afastar os crimes e infrações penais considerados insignificantes é fundamental para garantir a eficácia do Direito, resguardando a apreciação do sistema penal aos crimes que realmente lesam significativamente os bens jurídicos.

2.2 Os princípios no Direito Penal

O Direito Penal fundamenta-se em princípios que refletem os valores éticos, culturais e jurídicos de determinada sociedade, podendo ser constitucionais ou infraconstitucionais, sendo que estes constituem o núcleo essencial da matéria penal, limitando o poder punitivo do Estado e protegendo as garantias fundamentais dos indivíduos (PRADO, 2011).

Os princípios e garantias fundamentais servem de base para a correta interpretação, elaboração e aplicação das normas penais, não podendo o legislador tipificar como criminosa determinada conduta que coloque em perigo valores fundamentais a sociedade (CAPEZ, 2012).

Conforme Prado (2011, p. 156) os princípios limitam o poder punitivo estatal e resguardam os direitos fundamentais dos indivíduos:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite a responsabilidade penal.

Todos os princípios, explícitos ou implícitos, impõem limites ao poder de intervenção estatal nas liberdades individuais, tendo como função orientar os legisladores e aplicadores do direito a adotarem um sistema penal voltado para a

preservação dos direitos humanos, atuando de forma mínima e garantista (BITENCOURT, 2012).

Os princípios jurídicos servem de base para integração, interpretação, conhecimento e aplicação do Direito, podendo estar implícitos ou explícitos no ordenamento jurídico brasileiro, atuando como garantias diretas e imediatas aos cidadãos (NUCCI, 2013).

Assim, passa-se a analisar os princípios que fundamentam a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista este não encontra-se formalmente positivado na legislação brasileira.

2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado viga mestra no Estado Democrático de Direito Brasileiro, devendo orientar o sistema jurídico-político, em especial, na seara penal, antecedendo o juízo axiológico do legislador e vinculando completamente sua atividade normativa (PRADO, 2011).

Nesse sentido, segundo Bitencourt (2012) é inadmissível que o Estado aplique sanções que violem a integridade física e psicológica dos condenados, assim o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamenta o Art. 5, inciso XLVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/>), que veda a aplicação de penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis pela legislação brasileira.

Nas palavras de Capez (2012, p. 27), todos os princípios que limitam a atuação penal do Estado, decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana:

O legislador, no momento de escolher os interesses que merecerão a tutela penal, bem como o operador do direito, no instante em que vai proceder à adequação típica, devem, forçosamente, verificar se o conteúdo material daquela conduta atenta contra a dignidade humana ou os princípios que dela derivam. Em caso positivo, estará manifestada a inconstitucionalidade substancial da norma ou daquele enquadramento, devendo ser exercitado o controle técnico, afirmando a incompatibilidade vertical com o Texto Magno.

Por meio do Direito Penal, o Estado utiliza de seu poder mais drástico para resolução de conflitos, impondo restrições, sanções e privações a seus cidadãos, o princípio da dignidade da pessoa humana deve assegurar que o braço forte do Estado permaneça democrático e de direito (NUCCI, 2013).

Conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana norteia todo o sistema jurídico nacional, inclusive, o princípio da insignificância, tendo em vista que violaria a dignidade humana punir determinado agente, por ter ofendido de forma insignificante determinado bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

2.4 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é um dos institutos mais importantes do Direito Penal estando expressamente previsto na Constituição Federal e no Código Penal, ele determina que não há crime sem lei anterior que o defina e que não há pena sem prévia cominação legal (Brasil, 1940, <http://www.planalto.gov.br>). Dessa forma é utilizado para garantir a segurança dos cidadãos, em virtude de quaisquer arbítrios que poderiam ser perpetrados pelo Estado.

O princípio da legalidade e o Estado de direito são conceitos indissociáveis, visto que este exige a subordinação da lei para todos os cidadãos, retirando o poder absoluto ou oligárquico das mãos de determinados soberanos e viabilizando as bases dos modernos Estados de direito (GRECO, 2007).

Segundo Bitencourt (2012, p. 89-90) o princípio da legalidade busca limitar arbitrariedade e o excesso de poder punitivo do Estado:

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo. [...] O princípio da legalidade é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado.

Nas palavras de Capez (2012) o princípio da legalidade possui três aspectos, sendo estes político, histórico e jurídico, quanto ao aspecto político reflete a garantia de liberdade ao cidadão de que somente será punido por condutas previamente prevista em lei, não podendo ser vítima de juízos arbitrários do Estado. Em relação ao aspecto histórico narra Capez (2012) que o princípio teve origem na *Magna Charta Libertatum*, de caráter libertário, imposta ao rei João Sem Terra, em 1215, por barões ingleses, exigindo que nenhum homem livre poderia ser submetido a pena não prevista na lei local. Além disso, o instituto da legalidade possui raízes no Iluminismo,

na teoria do Contrato Social de Rousseau, na Declaração dos Direitos do Homem, entre outros marcos históricos do Direito. Por fim, o aspecto jurídico prevê a conduta praticada pelo agente deverá estar expressamente prevista na legislação penal, não havendo crime sem que a conduta esteja taxativamente prevista.

O princípio da legalidade possui as funções de proibir a irretroatividade da lei penal, a criação de crimes e penas pelos costumes, o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e vedar incriminações vagas e indeterminadas (GRECO, 2007).

Pode-se concluir que o princípio da legalidade atua perante a tipicidade formal dos delitos, determinando que as pessoas só poderão ser punidas por lei que esteja previamente prevista, preenchendo-se o requisito formal, passa-se a análise da tipicidade material da conduta em que poderão ser afastadas as sanções em caso ausência de lesão concreta significativa, por meio da aplicação do princípio da insignificância.

2.5 Princípio da Intervenção Mínima

O instituto da Intervenção Mínima perpassa todo o Direito Penal, servindo de fundamento para que este atue tão-somente em pontos específicos do Direito em que ocorrem violações aos bens jurídicos tutelados de forma relevante, deixando que os conflitos do cotidiano sejam tratados em outras áreas do Direito. Dessa forma, o Direito Penal deve atuar nas condutas expressamente previstas como crimes ou infrações penais pela legislação, atuando somente em último caso (CAPEZ, 2012).

Nos mesmos moldes descritos por Capez (2012), ratifica Roxin (2009, p. 30):

Ao lado do Princípio da proteção de bens jurídicos aparece, com um mesmo grau, o de subsidiariedade, segundo o qual somente se deve ameaçar com pena quando regulações civis ou jurídico-administrativas não sejam suficientes. O Direito Penal é, como sempre disse, subsidiário de proteção de bens jurídicos.

Dessa forma, por meio da aplicação do princípio da intervenção mínima o Direito Penal deve concentrar-se em atuar de forma subsidiária aos demais ramos jurídicos, “[...] quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito” (CAPEZ, 2012, p. 35).

O princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado, legitimando a criminalização de determinadas condutas, somente quando necessário a proteção de bens jurídicos específicos. Nesse sentido, se houver possibilidade de reestabelecer a ordem jurídica, através de meios civis ou administrativos, eles devem ser utilizados, em detrimento da lei penal (BITENCOURT, 2012).

Nas palavras de Bitencourt (2012, p. 12) o princípio da intervenção mínima limita as intervenções coercitivas do Estado, somente podendo agir desta maneira contra as agressões mais graves aos bens jurídicos tutelados:

Quando nos referimos à proteção subsidiária de bens jurídicos como limite do *ius puniendi* estatal, avançamos, portanto, ainda mais na restrição do âmbito de incidência do Direito Penal. Pois o caráter subsidiário da proteção indica que a intervenção coercitiva somente terá lugar para prevenir as agressões mais graves aos bens jurídicos protegidos, naqueles casos em que os meios de proteção oferecidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico se revelem insuficientes ou inadequados para esse fim.

O instituto da intervenção mínima além de servir como limitador da intervenção do Estado, deve ser utilizado pelo legislador para descriminalizar condutas que não possuam mais necessidade de serem amparadas pela seara penal, podendo ser protegidos por outros ramos do Direito (GRECO, 2017).

Nesse sentido, Greco (2007, p. 51) explica que o princípio da intervenção mínima orienta o legislador na seleção dos bens jurídicos mais importantes, assim como quanto a retirar a proteção de bens que não gozam mais de especial relevância:

As vertentes do princípio da intervenção mínima são, portanto, como que duas faces de uma mesma moeda. De um lado, orientando o legislador na seleção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; de outro, também servindo de norte ao legislador para retirar a proteção do direito penal sobre aqueles bens que, no passado, gozavam de especial importância, mas que hoje, com a evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos ramos do ordenamento jurídico.

A intervenção penal somente deve ocorrer quando for absolutamente necessária, em vista que a sanção penal restringe gravemente os direitos fundamentais dos indivíduos, devendo sempre ser levado em conta o aspecto material da lesão causada aos bens tutelados, fazendo com que o Direito Penal não possua apenas um caráter simbólico negativo, mas sim de efetiva proteção aos bens jurídicos mais valiosos à sociedade (PRADO, 2011).

Assim, pode-se concluir a importante correlação entre os princípios da insignificância e da intervenção mínima, visto que ambos atuam para restringir o âmbito de incidência do Direito Penal, fazendo com que o sistema jurídico melhore sua eficácia, através de uma atuação restrita aos bens jurídicos significantes.

2.6 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade estabelece que deve haver equilíbrio entre a gravidade do delito e a sanção aplicada pelo Estado, devendo as sanções punirem de forma mais branda delitos de menor potencial ofensivo e de maneira mais rigorosa crimes graves. O emprego do princípio é direcionado tanto aos legisladores, no momento de elaboração, modificação ou revogação das normas, quanto aos magistrados na aplicação da legislação penal aos casos concretos (BITTENCOURT, 2012).

Conforme o entendimento de Franco (2000, p. 67), é necessário legisladores e julgadores, apliquem o princípio da proporcionalidade em suas áreas de atuação, devendo a sanção ser limitada proporcionalmente a gravidade do fato cometido:

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

O instituto da proporcionalidade também possui relevância social, visto que o Estado não deve intervir, no âmbito penal, na vida dos cidadãos mais do que o estritamente necessário, sempre visando que a proteção dos bens jurídicos tutelados, não resulte em excessivas ações arbitrárias, bem como no cerceamento da liberdade dos cidadãos (CAPEZ, 2012).

Deve existir uma proporção entre os crimes e as penas, sendo necessário impor penas de maior gravidade aqueles comportamentos que afetam diretamente o bem

estar social e em menor grau para as condutas que lesam minimamente a sociedade, não devendo o legislador aplicar penas de último grau a delitos pequenos. Caso for aplicada uma pena equivalente a dois crimes que prejudicam a sociedade em graus distintos, nada impedirá os homens de cometerem crimes mais graves, porque com eles obtêm maiores recompensas (BECCARIA, 2012).

Segundo Greco (2007) o instituto da proporcionalidade deve atender duas vertentes, por um lado o legislador deve evitar punir com excessivo rigor condutas relevantes na esfera penal, mas que não atingem gravemente os bens jurídicos tutelados, e por outro lado não deve punir de forma deficiente violações a direitos fundamentais básicos, aplicando penas aquém das necessidades exigidas, dessa forma equilibrando a intervenção penal do Estado e o direito a liberdade dos cidadãos.

Nas palavras de Greco (2007, p. 77-78) deve-se proteger a liberdade dos cidadãos, por meio do raciocínio da proibição do excesso, evitando-se punições desnecessárias:

Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico.

Diante do exposto, verifica-se que o princípio da proporcionalidade é fundamental ao entendimento do instituto da insignificância, tendo em vista que o afastamento das penas faz-se, mediante análise da proporcionalidade entre o delito praticado e sua sanção equivalente, sendo que nos casos em que a lesão ao objeto tutelado for insignificante, não deverá ser aplicada punição ao agente transgressor.

2.7 Princípio da Lesividade ou Ofensividade e os requisitos da inexpressividade da lesão jurídica provocada, da mínima ofensividade da conduta do agente e da ausência de periculosidade social da ação

Os requisitos da inexpressividade da lesão jurídica provocada, da mínima ofensividade da conduta do agente e da ausência de periculosidade social da ação, definidos pelo Supremo Tribunal Federal, tem como fundamento o princípio da lesividade ou ofensividade que preconiza que um crime, em sentido material, somente

poderá ser tipificado quando houver perigo de dano ou lesão concreta a um bem jurídico juridicamente relevante (CAPEZ, 2012).

Conforme Bittencourt (2012, p. 111) “Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado”. Assim, ao aplicar-se o direito penal deve-se levar em consideração tanto o aspecto formal, descrição da conduta como fato típico, quanto o aspecto material, lesão real e concreta ao bem jurídico tutelado. Pode-se concluir, que a durante a análise das condutas delitivas, a inexistência de elementos formais ou materiais, deverá afastar a punibilidade a ser imposta.

Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 399) explicam a relevância de considerar-se a real lesão causada ao bem jurídico tutelado, em vez de tão somente a adequação a norma:

O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado.

De forma semelhante a Zaffaroni e Pierangeli (2013) Bittencourt (2012, p. 111) discorre sobre a necessidade de avaliar-se o elemento material concreto da conduta praticada pelo agente, em detrimento de uma apreciação puramente formal:

Para que se tipifique um crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois no âmbito do Direito Penal de um estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve-se abster de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo não, há infração penal.

No mais, o princípio da lesividade possui duas funções, sendo a primeira político-criminal, dirigida aos legisladores para que quando da elaboração das leis, somente criminalizem condutas que possam, de fato, resultar em dano concreto as bens socialmente protegidos, enquanto que a segunda função é interpretativa ou

dogmática, devendo ser utilizado nos casos concretos, pelos aplicadores do direito, situação em que diante da conduta praticada, deverá ser avaliada a tipicidade no âmbito material e formal (BITENCOURT, 2012).

Diante do exposto, verifica-se que o princípio da lesividade possui correlação com o princípio da insignificância, visto que ambos tem como foco principal os elementos materiais presentes em condutas formalmente típicas, sendo que constatada ausência de significância material dos delitos, através do emprego do princípio da lesividade, deverão ser afastadas as penas previstas, por meio do aplicação do princípio da insignificância, utilizando de forma complementar os dois princípios.

2.8 Princípio da Adequação Social e requisito do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento

O requisito do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento origina-se da teoria da adequação social, segundo a qual somente devem ser tipificadas como criminosas, condutas que ofendam o sentimento social de justiça, devendo o legislador focar-se em somente elaborar tipos penais que sejam contrários e/ou prejudiciais ao interesse público (CAPEZ, 2012).

As condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas resultantes de um contexto histórico e social do exercício da vida comunitária que as tornou funcionalmente aceitáveis, não sendo percebido pela sociedade qualquer desvalor no emprego destes comportamentos, assim, conforme a teoria da adequação social, estas condutas não deveriam ser tipificadas como ilegais (PRADO, 2011).

Nas palavras de Prado (2011, p. 178-179) explica que apesar de formalmente prevista, uma conduta socialmente aceitável, não deve ser considerada típica:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente aceitável ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada [...] O fundamento da adequação social está em estabelecer limites da liberdade de ação social, sendo sua característica primordial a necessidade de afetação a um bem jurídico, no sentido de que o legislador não considera com caráter geral tipicamente relevante uma ação que pretende alcançar uma utilidade social e para a qual é absolutamente necessária a afetação a um bem jurídico, conforme ordenado funcionamento da vida social.

A elaboração de tipos penais implica em uma seleção de condutas típicas, bem como na valoração destes comportamentos, sendo que, muitas vezes, existem incompatibilidades entre as ações criminalizadas e a percepção social majoritária que possui o entendimento de que determinados atos são correntes no meio social e, dessa forma, não deveriam ser considerados ilícitos (BITENCOURT, 2012).

Por outro lado, a simples percepção social de que determinado comportamento individual é injusto ou prejudicial, não pode ensejar a punição do agente, somente podendo ser punidas as condutas que estejam formalmente tipificadas na legislação penal, dessa forma respeitando-se os princípios da legalidade e da reserva legal (BITTENCOURT, 2012).

O princípio da adequação social possui duas funções, sendo a primeira de restringir o âmbito de incidência dos tipos penais elaborados, excluindo as condutas não consideradas reprováveis pela sociedade, e como segunda função, a de compelir o legislador a retirar determinados comportamentos anteriormente tipificados, mas que passaram a ser aceitas com a evolução social, dessa forma visa orientar o legislador tanto na elaboração, quanto na revogação de leis (GRECO, 2007).

Bitencourt (2012, p. 17) possui o entendimento que uma conduta socialmente permitida, não realiza materialmente a adequação típica:

A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Donde se concluiu que o comportamento se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.

Para Nucci (2011) quando determinada conduta é consensualmente aceita pelos membros da sociedade, deixa de ser considerada lesiva a quaisquer bens jurídicos, nesse sentido, torna-se irrelevante para o Direito Penal, ainda que não seja expressamente considerada causa de justificação. Além disso, ainda que o princípio da adequação social não deva ser utilizado de forma isolada, mostra-se como relevante instrumento hermenêutico, prevenindo-se a injustiça, nos casos em que o agente apesar de ter cometido conduta típica, verificou-se que a ação ou omissão praticada era plenamente aceita dentro de sua localidade.

Pode-se concluir, que apesar de o conceito de adequação ou reprovação social dos comportamentos ser bastante subjetivo e, por vezes, impreciso, todavia quando

utilizado conjuntamente com outros fundamentos ou princípios e não de forma exclusiva em decisões judiciais, presta-se para auxiliar na interpretação das autoridades judiciárias, que desta forma conseguem conciliar a formalidade das leis positivadas com a percepção social da conduta praticada. Nesse sentido, por conta da imprecisão do conceito de adequação social o Supremo Tribunal Federal incluiu também os requisitos da mínima ofensividade da conduta do agente, da ausência de periculosidade social da ação e da inexpressividade da lesão jurídica provocada para aplicação do princípio da insignificância.

Em última análise, tendo sido exposto o conceito, as origens históricas, bem como os princípios basilares para a aplicação do princípio da insignificância, é necessário que seja investigado o direito legado ao Estado de julgar e punir seus cidadãos, as funções que ensejam a aplicação de penas aos indivíduos, assim como a teoria geral do delito, possibilitando o entendimento da importância da aplicação das penas, quando o resultado das condutas praticadas geram lesão significativa aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

3 O DIREITO DO ESTADO DE PUNIR

Quando um agente pratica um fato considerado típico, ilícito e culpável, a aplicação de uma pena é a consequência natural imposta pelo Estado, fazendo-se valer de seu *ius puniendi*, o Estado deverá aplicar uma sanção equivalente ao delito cometido pelo indivíduo transgressor, desde que, respeitando os princípios expressos na Constituição Federal (GRECO, 2007).

Acredita-se que a pena se justifica por conta de sua necessidade, sendo um recurso utilizado pelo Estado para possibilitar a convivência entre as pessoas, entretanto com a evolução histórica do Direito Penal, houveram diversas rupturas quanto ao entendimento dos motivos de sua aplicação, principalmente, quanto ao seu caráter retributivo e/ou preventivo (BITENCOURT, 2012).

Para Bitencourt (2012) as penas e o Estado estão intimamente ligados, sendo que este as utiliza como meio principal para implementar formas de controle social dos cidadãos, nesse sentido, as diversas formas de punição irão variar dependendo dos aspectos socioeconômicos e estruturais de cada Estado, modificando o sistema sancionador.

No Direito Penal a coerção é aplicada através de uma pena ligada a determinada conduta tipificada, visando resguardar os bens considerados mais importantes para a sociedade, bem como para assegurar a segurança jurídica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

Segundo Beccaria (2012, p. 37), o objetivo das penas é evitar que criminoso cometa mais danos ao bem estar social e, ao mesmo tempo, impedir que outras pessoas cometam infração penal equivalente:

O objetivo da pena, portanto, não é outro que evitar que o criminoso cause mais danos à sociedade e impedir a outros de cometer o mesmo delito. Assim, as penas e o modo de infligi-las devem ser escolhidos de maneira a causar a mais forte e duradoura impressão na mente de outros, com mínimo tormento ao corpo do criminoso.

Nesse sentido, tendo em vista que os fins e finalidades das penas modificaram-se com a evolução do Direito Penal, passa-se a análise das três principais teorias das funções das penas, sendo estas a teoria absoluta/retributiva, relativa/preventiva e mista.

3.1 Teoria Absoluta ou Retributiva

Na Teoria Absoluta é atribuída a pena o difícil encargo de realizar a justiça, retribuir com uma punição proporcional o indivíduo que violou a ordem jurídica adotada pelos homens e estabelecida em leis. Ela surge durante os Estados Absolutistas em que a figura do Estado era considerada como guardião do Direito, da moral e da religião, assim aqueles indivíduos que transgredissem as normas, comumente confundidas com pecados, deveriam sofrer uma punição para expiar o mal cometido (BITENCOURT, 2012).

A teoria absoluta da função das penas baseia-se na ideia de retribuição, na punição do agente pelo delito praticado, compensando-se o mal causado pelo crime, desse modo, a pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência pela justiça, não sendo considerado relevante o seu efeito preventivo (PRADO, 2011).

Nas palavras de Greco (2007, p. 489-490), a sociedade em geral tende a satisfazer-se com a função absoluta das penas, desde que, sejam privativas de liberdade:

A sociedade, em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de “pagamento” ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois que o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator.

De forma semelhante a definição de Prado (2011), segundo Capez (2012) a Teoria Absoluta tem por objetivo, simplesmente, punir o infrator penal, retribuindo-se com a aplicação da pena o mal injusto praticado pelo agente transgressor, impondo-lhe sanção prevista no ordenamento jurídico, correspondente a conduta delituosa praticada.

Pode-se concluir, que a Teoria Absoluta corresponde a concepção de que o agente deve ser punido pela transgressão penal que cometeu independentemente dos fins sociais ou preventivos que a aplicação da sanção pelo Estado possa vir a gerar, possuindo o entendimento de que seria tão somente “justo” aplicar punição proporcional ao agente que cometeu o delito.

3.2 Teoria Relativa ou Preventiva

A teoria relativa fundamenta-se no caráter preventivo das penas, dividindo-se em prevenção geral e especial, a prevenção geral possui finalidade de intimidação social, objetiva persuadir os demais indivíduos daquela sociedade a não praticarem delitos, tendo em vista que serão submetidos as mesmas penas dos infratores já condenados, por outro lado, a prevenção especial possui caráter individual, neutralizando o agente infrator que praticou o delito e impedindo-o de cometer novos crimes (GRECO, 2007).

A prevenção geral é voltada para o ambiente social, as pessoas não irão delinquir por medo de receber a respectiva punição, enquanto que a prevenção especial visa segregar e readaptar o criminoso, impedindo-lhe de cometer novos delitos (CAPEZ, 2012).

Na perspectiva da teoria preventiva das penas, a punição do agente transgressor serve como ameaça aos demais membros da sociedade, fazendo com que identifiquem quais condutas são consideradas injustas pelo Estado e de que forma serão punidos os indivíduos que as cometerem, ao contrário da teoria absoluta da pena, esta não possui a finalidade de punir o delinquent, mas de prevenir que outros indivíduos venham a delinquir (BITENCOURT, 2012).

Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 104) tecem críticas a Teoria Preventiva das Penas, afirmando que utilizar-se da punição de um agente condenado como símbolo para intimidação social consiste em uma violação dos direitos humanos:

É lógico que a pena, ainda que cumpra em relação aos fatos uma função preventiva especial, sempre cumprirá também uma função simbólica. No entanto, quanto só cumpre esta última, será irracional e antijurídica, porque se vale de um homem como instrumento de sua simbolização, o usa como um meio e não como um fim em si, "coisifica" um homem, ou, por outras palavras, desconhece-lhe abertamente o caráter de pessoa, com o que viola o princípio fundamental em que se assentam os Direitos Humanos.

Na Teoria Relativa busca-se um conceito utilitarista da pena, devendo esta evitar a prática de futuros delitos, ao invés de proporcionar a Justiça, a punição deverá garantir a estabilidade social, por meio da intimidação de possíveis novos infratores, dessa forma, a aplicação da pena visa atingir a totalidade dos membros da sociedade, que devem deixar de praticar atos ilícitos, em função do temor da sanção penal (PRADO, 2011).

Diante disso, conclui-se que a teoria preventiva possui uma função prioritariamente social, em detrimento da punição individual, apesar de ambas aplicarem punição ao agente que cometeu a transgressão, na Teoria Preventiva buscasse impedir que outros membros da sociedade cometam delitos, por meio da ameaça de punição.

3.3 Teoria Mista ou Unificadora

A Teoria Unificadora busca unir as teorias relativas e absolutas, possuindo caráter retributivo e preventivo, abrangendo as penas funções de caráter individual, com a punição do agente transgressor, bem como de garantia da estabilidade social, por meio da prevenção do cometimento de novos delitos (GRECO, 2007).

Para a Teoria Unificadora a finalidade das penas deve ser retributiva e preventiva, sendo que a função preventiva divide-se em quatro aspectos, primeiro geral negativo que visa atingir toda a sociedade, por meio do poder intimidatório da norma penal, segundo geral positivo que objetiva demonstrar as membros da sociedade a existência e eficácia do Direito Penal, terceiro especial negativo que visa retirar o infrator da sociedade, impedindo-o de cometer novos delitos e quarto geral positivo que consiste na ressocialização do condenado para que não volte a cometer novos delitos quando regressar ao convívio social (NUCCI, 2011).

A pena justifica-se nas palavras de Prado (2011, p. 639):

A justificação da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que de ficar patente é que a pena é uma necessidade social – *ultima ratio legis* -, mas também indispensável para a real proteção dos bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobretudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa, inarredavelmente adstrita a culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível.

As teorias mistas ou unificadoras, tendem a aglutinar os conceitos mais relevantes das teorias absolutas e relativas, entendendo que prevenção geral e especial, bem como retribuição são aspectos distintos de um mesmo e complexo fenômeno denominado pena, ressaltando a pluralidade funcional da mesma (BITENCOURT, 2012).

Diante disso, verifica-se que a Teoria Mista buscou unir ambos as funções presentes na Teorias Absolutas e na Teoria Relativa, sendo incorporada no art. 59, do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), em que está descrito que o juiz deverá aplicar a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Estabelecidas as três principais correntes que justificam a imposição de penas aos membros da sociedade que transgredirem as normas penais, necessário a averiguação do(s) principal(is) conceito(s) de crime, os quais, caso praticados, deverá ser imposta a pena correspondente.

3.4 Conceito de Infração Penal e Crime

Segundo Capez (2012) o conceito de crime pode ser visto do ponto de vista formal, material ou analítico, sendo a concepção formal aquela em que, simplesmente, adapta-se a conduta praticada pelo agente, ao tipo penal correspondente e sua respectiva punição. O ponto de vista material, além de adequar-se ao fato típico, a ação ou omissão praticada pelo agente deve lesar de forma significativa o bem jurídico tutelado pelo Direito, no mais, a concepção analítica entende que o crime deve ser analisado por etapas, buscando-se a decisão mais justa pelo julgador, nesse sentido, deve-se observar, primeiramente, se a conduta preenche o fato típico, em caso positivo, verificar se o ato praticado é ilícito e, por fim, averiguar se o autor do fato é culpado pela sua prática.

De forma semelhante a Capez (2012), Greco (2007) afirma que formalmente é considerado crime toda conduta que atente contra a lei penal editada pelo Estado e materialmente como as ações ou omissões que lesem significativamente os bens jurídicos tutelados pela legislação penal. Entretanto os conceitos formal e material não traduzem com precisão o conceito de crime, dessa forma, somente o método analítico expõe os aspectos estruturais e essenciais de uma infração penal, por meio de uma análise tripartida do fato-crime, considerando-o como ação típica, antijurídica ou ilícita e culpável.

O conceito analítico de crime, nas palavras de Bitencourt (2012, p. 141-142):

Além dos conceitos formal (crime é toda ação ou omissão proibida por lei, sob a ameaça de pena) e material (crime é ação ou omissão que contraria os interesses do corpo social, exigindo sua proibição com ameaça de pena), faz-

se necessária a adoção de um conceito analítico de crime. Os conceitos formal e material são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.

O Sistema Jurídico Brasileiro adotou o critério bipartido, entendendo os termos crime e delito como sinônimos, e as contravenções penais como infrações que ofendam bens jurídicos considerados de menor importância para a legislação penal. Complementarmente o termo infração penal serve de gênero as espécies crime/delito e contravenções penais, podendo classificar indistintamente quaisquer dos termos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

Para que um comportamento possa ser considerado um delito deve estar legalmente previsto nas normas penais, causar lesão grave aos bens jurídicos tutelados pela seara penal, bem como o indivíduo deve ser capaz de responder pelos atos típicos e ilícitos praticados, tendo em vista que não é possível analisar a conduta, separadamente do autor que a praticou (PRADO, 2011).

Conforme entendimento de Nucci (2011), a Sociedade cria o termo crime, o reservando para as condutas consideradas de maior gravidade e reprovação social, condutas que podem e devem ser proibidas ou merecedoras de punição, nesse sentido, cabe ao legislador tipificar estas ações ou omissões, materializando-as em tipos penais, dessa forma, possibilitando ao Estado coibir as condutas indesejadas pelos cidadãos, atendendo ao anseio social.

Do exposto, conclui-se que existem três principais formas de análise do conceito de delito, sendo estas formal, aquela conduta que está prevista em lei e será aplicada ao caso concreto, material, que avalia a lesão provocada ao bem jurídico tutelado e analítica em que o conceito de crime apesar de unitário, é desmembrado em três categorias, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, que devem ser integralmente preenchidas para aplicação de sanção ao agente transgressor, assim exposto o conceito de infração penal e crime, passa-se a análise da Teoria Geral do Delito.

3.5 Teoria Geral do Delito

A Teoria Geral do Delito cabe estabelecer os pressupostos necessários para que possa ocorrer a responsabilização penal de alguém, somente podendo ocorrer a aplicação de sanção quando comprovado que o agente preenche todos os elementos elencados pela Teoria. Dessa forma a Teoria Geral do Delito constitui importante

marco de conhecimentos teórico-científicos aplicados, possibilitando a aplicação da lei penal aos casos concretos (PRADO, 2011).

A divisão tripartida realizada pela Teoria Geral do Delito, dividindo o conceito de crime em fato típico, antijurídico e culpável permite um resultado adequado e justo, sendo que cada aspecto posterior do delito pressupõe o anterior, tendo em vista a ampla relação dos elementos entre si (BITENCOURT, 2012).

Desse modo, Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 348) tecem considerações acerca da incumbência da Teoria Geral do Delito:

Chama-se “teoria do delito” a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter qualquer delito. Esta explicação não é mero discorrer sobre o delito com interesse de pura especulação; contrariamente atende ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consistente em tornar mais fácil a averiguação da presença, ou ausência, do delito em cada caso concreto.

A estruturação do conceito de delito em um sistema dogmático padronizado simplifica e orienta a análise dos casos concretos, pois estabelece quais os pressupostos e elementos devem estar presentes em uma conduta de ação ou omissão para serem considerados suscetíveis a sanção penal, dessa maneira, a culpabilidade pressupõe a antijuridicidade que, da mesma maneira, deve estar devidamente concretizada em tipos penais (GRECO, 2007).

Em primeiro lugar, devemos averiguar se a conduta praticada pelo agente está precisamente individualizada em um tipo penal, em caso positivo, deve-se avaliar se a conduta é também antijurídica, não se encaixando nas excludentes permissivas, somente após a confirmação dos dois primeiros requisitos, passa-se a considerar se a conduta do autor é reprovável (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

Segundo Bitencourt (2012), a estruturação do conceito de delito em um sistema dogmático padronizado simplifica e orienta a análise dos casos concretos, pois estabelece quais os pressupostos e elementos que devem estar presentes em uma conduta de ação ou omissão para serem considerados suscetíveis a sanção penal.

Por outro lado, Capez (2012) entende de forma diversa aos autores supracitados, compreendendo que a concepção correta seria a teoria bipartidária, que entende crime como ato típico e ilícito, em seu entendimento após a elaboração da teoria finalista que inseriu os elementos de dolo e culpa no eixo da tipicidade, o eixo da culpabilidade restou esvaziado, tratando apenas de elementos valorativos. Além

disso, a concepção de que o crime possuiria natureza tripartida somente era admissível na teoria naturalista em que os eixos da tipicidade e da ilicitude tratavam apenas dos aspectos objetivos do delito, enquanto que os elementos subjetivos eram reservados ao eixo da culpabilidade.

Diante do exposto, entende-se que, apesar de existirem entendimentos divergentes do conceito de delito, a Teoria Geral do Delito analisa as infrações penais do ponto de vista de analítico, separando-as em três eixos, sendo estes tipicidade, ilicitude ou antijuridicidade e culpabilidade, dessa forma segue-se a análise de cada um dos elementos da Teoria.

3.5.1 Tipicidade

Os tipos penais elencam um conjunto de elementos que constituem de forma limitadora e individualizada as condutas humanas penalmente relevantes, descrevendo em modelos abstratos as condutas consideradas passíveis de punição pelos legisladores. Cada um dos tipos penais deve encaixar-se devidamente as ações ou omissões realizadas nos casos concretos, não sendo permitidas análises analógicas ou extensivas (BITENCOURT, 2012).

No mais, os tipos penais possuem duas funções principais, sendo estas indiciária e garantidora. A função indiciária pressupõe que aplicada a conduta ao tipo penal, esta também venha a ser antijurídica, a exceção dos crimes culposos e comissivos por omissão em que os tipos penais são abertos, não contendo a descrição completa da conduta ilícita. Por outro lado, a função garantidora consiste em manifestação concreta da segurança decorrente do princípio da reserva legal, possibilitando a todos os cidadãos, por meio das condutas descritas nos tipos penas, apurarem quais ações ou omissões são suscetíveis a sanção penal pelo Estado (BITENCOURT, 2012).

Para Nucci (2011) a descrição abstrata das condutas, denominada tipo penal, permite a preservação do princípio da reserva legal, delimitando quais ações e omissões possuem natureza relevante para o Direito Penal, servindo de garantia aos destinatários das normas e como fundamento para a ilicitude penal. Além disso, para poder alcançar uma correta interpretação dos tipos penais é necessário desmembrá-los no trinômio, conduta, nexos causal e resultado, a partir disso é possível amoldar a conduta abstrata ao fato concreto, chegando-se ao conceito de tipicidade.

É na lei que encontramos os tipos penais, sem eles seria impossível passar a avaliação da antijuridicidade e da culpabilidade, sendo o tipo o ato descrito legalmente, enquanto que tipicidade consiste na conduta aplicada ao tipo praticada pelo agente. Através dos tipos penais, o princípio da legalidade tem uma de suas mais relevantes funções, ficando somente a cargo dos legisladores criar, modificar e extinguir os fatos considerados típicos (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2013).

Assim como Zaffaroni e Pierangeli (2013), Greco (2007) ressalta que os tipos penais devem obrigatoriamente ser precedidos de lei, respeitando-se os princípios da legalidade e da reserva legal, tendo em vista que descrever publicamente, por meio de dispositivo legal, quais condutas, comissivas ou omissas, serão objeto de sanção penal, garante aos cidadãos que não serão vítimas de arbitrariedades pelo Estado, não podendo este punir condutas que não estejam previamente descritas em tipos penais, além disso, é fundamental que todos os tipos penais possuam como finalidade a proteção a determinado bem jurídico relevante ao Direito Penal, não sendo admissível a simples proibição de determinada conduta humana que não ocasione lesão a determinado bem socialmente relevante.

A tipicidade, que consiste na aplicação de tipos penais abstratos a fatos concretos, especifica e delimita as fronteiras e contornos da intervenção penal pelo Estado. Nesse sentido, os tipos penais possuem diversas funções explícitas ou implícitas, entre elas está a função seletiva que delimita os comportamentos que serão atingidos pelas normas penais, a função garantidora que atende aos princípios da legalidade e da reserva legal, o fundamento da ilicitude, em vista que todo fato atípico, por consequência será lícito, a função de criação de um mandamento proibitivo, a função de delimitar o *iter criminis* estabelecendo o início e o fim do processo de execução de um delito, bem como a função motivadora ou de determinação geral das condutas expondo aos cidadãos quais condutas são consideradas pelo Estado como sujeitas de punição, devendo estimular os indivíduos a não praticá-las (PRADO, 2011).

Em relação aos aspectos subjetivos do eixo da tipicidade, o dolo constituiu elemento nuclear e primordial do tipo subjetivo pressupondo o conhecimento e a vontade do autor em realizar o resultado típico, devendo haver congruência entre o elemento objetivo e subjetivo da conduta praticada pelo agente, nesse sentido, o dolo é o querer do resultado típico, é a vontade realizadora do tipo objetivo. Nos tipos dolosos, em que o agente quer praticar o delito, todas as fases do *iter criminis* são

realizadas, sendo estas cogitação, preparação, execução e consumação (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

Por outro lado, nos tipos culposos o delito é praticado pela violação do agente a um dever de cuidado, dando o autor causa a infração por negligência, imprudência ou imperícia. Nos delitos culposos o agente não almeja concretizar um fato típico, entretanto por violar um dever de cuidado que lhe era obrigatório, a cadeia de acontecimentos resultou na lesão de determinado bem jurídico penalmente tutelado, que caso o dever de cuidado não tivesse sido violado, não teria acontecido (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

Nas condutas praticadas de forma dolosa o indivíduo possui a vontade consciente de realizar a conduta tipificada, esta maneira possui diversas características específicas, entre elas a abrangência devendo o dolo estar presente em todos os elementos objetivos do tipo, a atualidade não podendo a intenção ser anterior ou posterior, mas sim estar presente no momento da execução do delito e a possibilidade de influenciar o resultado, ou seja, a vontade do agente deve estar amparada pela possibilidade de este cometer o ato típico, caso contrário, será considerado crime impossível (NUCCI, 2011).

Capez (2012, p. 128) explica a diferença entre condutas cometidas de forma dolosa ou culposa, bem como o conceito de conduta para o Direito Penal:

No caso da conduta dolosa, a vontade e a finalidade já são as de produzir um resultado típico, enquanto na conduta culposa, a vontade e a finalidade não buscam um resultado típico, mas este ocorre devido à violação de um dever de cuidado que qualquer pessoa mediana estaria obrigada a observar. Ocorrendo, portanto, conduta voluntária e finalística, que produza um resultado doloso ou culposo, previsto na lei penal como crime, surgirá um fato relevante sob a ótica do Direito Penal. Por essa razão, refazendo, agora, o conceito de conduta, chega-se à seguinte conclusão: conduta penalmente relevante é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime.

Do exposto, pode-se concluir que a Tipicidade consiste no primeiro elemento fundamentador da pena, na Teoria Geral do Delito, estabelecendo todos os tipos penais passíveis de punição, preservando desta forma os princípios da legalidade e da reserva legal, nesse sentido, evitando o arbítrio do Estado, bem como estabelece os dois principais requisitos subjetivos de um delito, sendo este o dolo, quando o agente possui consciência e vontade de praticar a infração, e a culpa, quando o

indivíduo pratica um crime por ausência do dever de cuidado, agindo com negligência, imprudência ou imperícia.

3.5.2 Ilicitude

A Ilicitude, como categoria da Teoria Geral do Delito, possui relevância capital para o ordenamento jurídico-penal, tendo em vista que possui papel aglutinador e unificador dos elementos que a compõem, evitando incoerências e fragmentações. A antijuridicidade possui quatro excludentes de ilicitude descritas na legislação, amparadas por causas justificadoras, sendo estas o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito, justificadas pela lei, a legítima defesa e o estado de necessidade, amparadas pela necessidade e, além destas, existe o entendimento que a falta de interesse ou o consentimento do ofendido também figuraria como excludente de ilicitude de forma supralegal (PRADO, 2011).

Para Capez (2012) as ações ou omissões típicas tornam-se ilícitas quando há contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, nesse sentido, todas as condutas típicas, em princípio, serão consideradas ilícitas, a exceção, das que amoldarem-se as causas permissivas ou excludentes de ilicitude, ou seja, quando constatado um fato típico presume-se que também seja ilícito e somente não será na presença de causas discriminantes, analisando-se a *contrario sensu*. No mais, o termo ilicitude não se confunde com a denominação daquilo que é injusto, sendo esta ocorre quando a contrariedade entre o fato e a lei, enquanto que aquele decorre do sentimento social de justiça, aquilo que se tem por certo ou justo para o homem médio.

As discriminantes permissivas pressupõem a cometimento de conduta típica, dessa forma, as excludentes de ilicitude selecionam dentre as condutas antinormativas, aquelas que serão excluídas de punição, mediante determinadas circunstâncias descritas em lei (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

Parte da doutrina entende que de forma semelhante ao eixo da tipicidade, a ilicitude também possui elementos objetivos e subjetivos, não bastando que o agente esteja objetivamente amparado por uma excludente de ilicitude, mas também haveria necessidade de que o indivíduo estivesse consciente e motivado por um objetivo socialmente valioso, assim não estaria amparado pelo instituto da legítima defesa o indivíduo que praticasse agressão motivado por vingança, ainda que repelindo injusta

agressão, o agente deveria possuir *animus defendi*, e, somente assim, poderia ser afastado o desvalor da ação tipificada (BITENCOURT, 2012).

De forma semelhante a Bitencourt (2012), Prado (2011, p. 436) concorda que a ilicitude possua caráter objetivo e subjetivo:

De conseguinte, a exclusão da ilicitude de um comportamento depende do conhecimento dos pressupostos objetivos e da existência de certa direção da vontade positivamente valorada (condição subjetiva). Melhor explicando: as causas justificantes possuem valorações positivas que devem superar as negativas do injusto específico – o elemento subjetivo integra a própria normatividade permissiva. Isso significa que o elemento subjetivo da justificação deve conter a consciência e a vontade de realizar uma conduta dirigida à salvaguarda do interesse preponderante. [...] Assim, não basta, para formação da excludente de ilicitude, a presença tão somente dos requisitos objetivos, mas requer-se também atitude anímica no sentido da realização da justificante (ação dirigida ao resultado de salvação).

Zaffaroni e Pierangeli (2013) entendem de forma diversa a Greco (2007) e Prado (2011), para os autores não cabe a análise de aspectos subjetivos no eixo da ilicitude, compreendendo que é desnecessário que o agente que praticou conduta tipificada possua consciência do tipo permissivo, nesse sentido, para que o indivíduo possa ser beneficiado pelo instituto da legítima defesa, bastaria que reconhece a injusta agressão de que é objeto e agisse com a finalidade de defender-se.

Nesse sentido, segundo Nucci (2011) existem duas teorias em relação há existência de elemento subjetivo no eixo da antijuridicidade, sendo estas objetiva e subjetiva, para a primeira/objetiva a aplicação de discriminantes permissivas deveria ater-se exclusivamente a análise do fato praticado, não cabendo julgar qual o estado ou motivação subjetivo do agente, não podendo o psiquismo do indivíduo modificar o que se encontra na realidade, dessa forma, ainda que o indivíduo que agiu em legítima defesa não possuísse a convicção esperada pelo legislador, este não deveria deixar de ser amparado pelo Direito. Por outro lado a segunda/subjetiva entende que a aplicação da excludente de ilicitude é indissociável do elemento subjetivo, não podendo o Direito privilegiar com a ausência de punição, agentes que agiram com má-fé ou injustamente.

No eixo da ilicitude, as causas tidas como permissivas podem ser afastadas quando houver comprovação de que o agente agiu com excesso, ou seja, valeu-se da excepcionalidade da situação para dolosamente agir de forma deliberada e desproporcional, ao invés de nas devidas proporções para salvaguardar o seu direito ameaçado (GRECO, 2007).

Em relação as modalidades de excesso, na prática do instituto da legítima defesa, Nucci (2011, p. 304) aponta que, segunda a legislação, podem ser praticadas de forma dolosa ou culposa:

excesso doloso: ocorre quando o agente consciente e propositadamente causa ao agressor, ao se defender, maior lesão do que seria necessário para repelir o ataque. Atua, muitas vezes, movido pelo ódio, pela vingança, pelo rancor, pela perversidade, pela cólera, entre outros motivos semelhantes. [...] o excesso doloso, uma vez reconhecido, elimina a possibilidade de se reconhecer a excludente de ilicitude, fazendo com que o autor da defesa exagerada responda pelo resultado típico que provocou no agressor. [...] excesso culposo: é o exagero decorrente da falta de dever de cuidado objetivo ao repelir a agressão. Trata-se do erro de cálculo, empregando maior violência do que era necessário para garantir a defesa. Se presente o excesso, o agente responde pelo resultado típico provocado a título de culpa.

Ao permitir que em situações excepcionais os agentes possam utilizar-se de condutas típicas para defender a si ou a outrem, o eixo da ilicitude, gerou o entendimento que em determinadas circunstâncias sociais os indivíduos possam valer-se de causas supralegais para afastar a antijuridicidade da conduta praticada, nesse sentido, a análise recorre aos princípios jurídicos, a analogia e aos costumes, entendendo que determinados comportamentos podem ser aceitos dentro de determinada comunidade, tendo em vista o caráter dinâmico da realidade social, assim algumas condutas deveriam afastar a ilicitude, ainda que não descritas tipicamente (GRECO, 2007).

Do exposto, compreende-se que no eixo da ilicitude será analisado se o agente que cometeu infração penal encontrava-se sob circunstâncias descriminalizadoras, em caso positivo, a conduta típica praticada pelo indivíduo não sofrerá sanção penal, e, em caso negativo, a ação ou omissão será considerada típica e ilícita, passando-se a terceira fase da Teoria Geral do Delito, a Culpabilidade.

3.5.3 Culpabilidade

O termo culpabilidade possuiu diferentes funções para o Direito Penal ao longo da história, primeiro, para a corrente causalista, representava os elementos subjetivos da conduta, inclusive, o dolo e a culpa, dessa forma, os eixos da tipicidade e da ilicitude comportariam apenas os aspectos objetivos do delito. Na teoria normativa, acrescentou-se ao termo culpabilidade o critério de reprovabilidade social, assim, além da análise do dolo e da culpa, fazia-se necessário verificar se o autor poderia ter

agido de maneira diversa. Por fim, a teoria finalista deslocou os critérios do dolo e da culpa para o eixo da tipicidade, restando a culpabilidade, a imputabilidade do agente, o juízo de reprovação social e a potencial consciência da ilicitude do fato, incidindo sobre fato típico e ilícito, já previamente considerado doloso ou culposo (NUCCI, 2011).

A culpabilidade é o terceiro dos elementos constituintes da Teoria Geral do Delito, assim após a constatação de que o agente cometeu fato típico e ilícito, deve-se passar a análise se a ação ou omissão deve ou não ser punida, através de uma análise subjetiva da conduta praticada pelo indivíduo, devendo o julgador atentar-se para a possibilidade de ser exigida conduta diversa da praticada, bem como do potencial conhecimento da ilicitude do fato pelo agente (GRECO, 2007).

Entende-se a culpabilidade como uma reprovação pessoal pela realização de uma conduta típica e ilícita, em circunstâncias que poderia o agente ter atuado em conformidade com o ordenamento jurídico, agindo o indivíduo de maneira censurável. Por ser o terceiro dos eixos da Teoria Geral do Delito, admite-se a possibilidade da existência de fato típico, ilícito e não culpável, entretanto não poderá o agente ser considerado culpado, sem que a conduta tenha sido previamente considerada típica e ilícita (PRADO, 2011).

A culpabilidade é juízo de censura ou reprovação social ao agente que cometeu fato típico e ilícito penal, nesse sentido, o autor tem de ser imputável, possuir consciência potencial da ilicitude que praticou, bem como haver possibilidade e exigibilidade de agir de forma diversa. No mais, atua como fonte inspiradora ao legislador na elaboração dos tipos penais sujeitos a sanção (NUCCI, 2011).

Segundo Bitencourt (2012) a culpabilidade possui triplo sentido perante o Direito Penal, primeiro o de fundamento da pena, constituído pelos elementos específicos da capacidade de culpabilidade, da consciência da ilicitude e da exigibilidade da conduta, na ausência de quaisquer desses elementos não deverá ser aplicada a sanção penal, segundo como elemento de medição da pena, dessa forma a culpabilidade não servirá como fundamento da sanção, mas de forma limitadora, impedindo que a pena seja exercida de maneira aquém ou além do necessário, e, por fim, terceiro como conceito contrário a responsabilização objetiva, impedindo que alguém seja responsabilizado por resultado absolutamente imprevisível, tendo em vista não ter sido realizada a conduta com dolo ou culpa. Ressalta-se que a Teoria Geral do Delito se utiliza do termo culpabilidade na primeira acepção, ou seja, como fundamento da pena.

Para Capez (2012, p. 328) a culpabilidade não deve ser considerada como elemento fundamentador da pena, mas sim como pressuposto para sua imposição:

[...] quando se diz que “Fulano” foi o grande culpado pelo fracasso de sua equipe ou de sua empresa, está atribuindo-se-lhe um conceito negativo de reprovação. A culpabilidade é exatamente isso, ou seja, a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito. Não se trata de elemento do crime, mas pressuposto para imposição de pena, porque, sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, não se concebe possa, ao mesmo tempo, estar dentro do crime, como seu elemento, e fora, como juízo externo de valor do agente.

No mais, a culpabilidade não pode ser considerada elemento do crime, pois trata-se apenas de juízo de reprovação sobre o agente que cometeu a infração, quando chega-se a culpabilidade já restou definido que o delito é típico e ilícito, bem como se foi praticado de forma dolosa ou culposa, passando-se tão somente ao exame de possibilidade de responsabilização do autor, assim para censurar quem cometeu o crime, a culpabilidade deve estar necessariamente fora dele (CAPEZ, 2012).

Em última análise, conclui-se que a culpabilidade é considerada pela doutrina majoritária como elemento fundador para aplicação da pena, ocupando o terceiro eixo da Teoria Geral do Delito, assim, após a constatação de que o fato praticado pelo agente é típico e ilícito, deve-se analisar se foi cometido por pessoa imputável, se havia possibilidade de exigir que o agente agisse de forma diversa, bem como se este possuía potencial consciência da ilicitude praticada.

4 DA APLICAÇÃO E CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Realizada a análise do instituto da insignificância, em relação as suas origens, ao seu conceito e aos princípios correlacionados a sua utilização, assim como os fundamentos e métodos empregados para a caracterização e delimitação dos delitos passíveis de sanção penal, aqueles que lesaram de forma significativa os bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Faz-se necessária a investigação de alguns dos principais julgamentos envolvendo o emprego do princípio da insignificância, realizados pelo Supremo Tribunal Federal, visto que por não estar expressamente previsto na legislação brasileira, o princípio bagatelar acaba sendo construído concomitantemente a sua aplicação, especialmente, pelas decisões da Corte Suprema.

4.1 Dos requisitos objetivos

O *Habeas Corpus* 84.412-0-SP, julgado em 2004, pelo Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do ministro Celso de Mello, foi de fundamental importância para a utilização do instituto bagatelar, no âmbito do direito brasileiro, visto que foi nele que foram introduzidos os quatro requisitos objetivos que serviriam de base a futura aplicação da insignificância pelas demais varas e tribunais brasileiros, sendo estes, a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (BRASIL, 2004).

O caso em análise versou sobre o crime de furto, cometido pelo paciente Cleiton Cristovão, ao subtrair uma fita de videogame, no valor de R\$ 25,00, o *habeas corpus* foi impetrado contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça que negou o pedido de *habeas corpus* do agente, entendendo, de forma majoritária, que tratava-se de furto de pequeno valor, mas não ínfimo valor, devendo desta forma ser aplicada a sanção penal (BRASIL, 2004).

Para o relator o princípio da insignificância tem como objetivo afastar a tipicidade penal, por meio da análise de seu caráter material, assim como deve ser utilizado conjuntamente com os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado no âmbito penal (BRASIL, 2004).

No mais, deve ser considerado pelo judiciário que a privação de liberdade ou restrição de direitos de um cidadão, somente pode ser empregada quando estritamente necessária à proteção da sociedade, das pessoas e dos bens jurídicos fundamentais, sendo utilizada apenas nos casos em que houver real lesão aos bens jurídicos tutelados, de forma efetiva ou potencial (BRASIL, 2004).

Nas palavras do Ministro Celso de Mello o emprego do princípio da insignificância deve basear-se em quatro requisitos objetivos:

O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público (BRASIL, 2004, <http://portal.stf.jus.br/>).

Além disso, o relator salientou que o Direito Penal não deve ocupar-se com condutas das quais o resultado não lese de maneira significativa os bens jurídicos essenciais ou a própria integridade social, podendo estas serem julgadas pelas demais áreas do Direito (BRASIL, 2004)

Por fim, o relator Celso de Melo entendeu que o valor do bem furtado pelo agente, R\$ 25,00, equivalente a 18% do salário-mínimo, há época do fato, justificaria a aplicação do princípio da insignificância, descaracterizando materialmente a tipicidade penal, desse modo, votou pelo deferimento do *habeas corpus* impetrado pelo paciente, invalidando a condenação anteriormente fixada. O voto do relator foi seguido, de forma unânime, pelos integrantes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2004).

Pode-se concluir, que o julgamento do HC 84.412-0/SP fundamentou as bases para a futura aplicação do instituto da bagatela, bem como os requisitos elencados pelo Ministro Celso de Mello passaram a ser utilizados majoritariamente pela doutrina e jurisprudência brasileira. Entretanto, posteriormente, a presença de requisitos subjetivos, em especial a reincidência delitiva, ligados ao agente geraram divergência no Supremo Tribunal Federal quanto a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

4.2 Da reincidência do agente

O Habeas Corpus 123.108-MG, de 2015, apreciado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, versou sobre o furto de um par de sandálias, no valor de R\$ 16,00, cometido por José Robson Alves, no qual não houve aplicação do princípio da insignificância pelo juízo de 1º grau, tendo em vista que o réu era reincidente, dessa forma foi afastado o requisito do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, e conseqüentemente, deixou-se de aplicar a insignificância, sendo aplicada a pena de 1 ano de reclusão e 10 dias-multa (BRASIL, 2015).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou o recurso de apelação do réu, compreendendo que o instituto bagatela não deve ser empregado para legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir a apreciação pelo Direito Penal de delitos de ínfima materialidade, cometidos de forma isolada, nesse sentido, ainda que a conduta do agente tenha ocasionado lesão insignificante, quando reiterada, deve afastar a aplicação do instituto da bagatela, assim, o Tribunal manteve a condenação do juízo *a quo* (BRASIL, 2015).

No mais, o Superior Tribunal de Justiça deixou de realizar o julgamento do mérito de recurso especial interposto pelo agente, entendendo tratar-se de possível violação constitucional, devendo ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015).

Dessa forma, o habeas corpus 123.108/MG, teve como relator o Ministro Luís Roberto Barroso que decidiu expor o tema a apreciação do Plenário da Corte, visto que os julgamentos das Turmas apresentavam discrepância quanto ao entendimento da matéria, assim deveria ser pacificado um entendimento para ser observado pelas instâncias inferiores, sob pena de cometimento de injustiças na aplicação do princípio da insignificância aos casos concretos (BRASIL, 2015).

Inicialmente, para o relator a ausência de legislação referente ao instituto da bagatela prejudica a uniformização da jurisprudência, agravando a já precária situação do sistema carcerário brasileiro, que de forma geral, apresenta condições degradantes. Além disso, no entendimento do Ministro o instituto bagatela é aplicável aos casos de furto, afastando a tipicidade material da conduta, em vista da ínfima lesão ao bem jurídico protegido, ainda que a conduta praticada seja formalmente típica. Entretanto, ressalta, que a jurisprudência dominante da Corte Suprema, tem realizado o entendimento que o instituto da bagatela não deve ser utilizado nos casos em que o agente for reincidente ou de furto qualificado (BRASIL, 2015).

No entanto, o Ministro Luís Roberto Barroso entende que a simples reincidência do agente ou a caracterização de furto qualificado, não deve impedir o uso da insignificância, devendo ser analisadas as particularidades de cada caso concreto, levando-se em consideração o número de reincidências do agente, bem como a exigência de sentença penal condenatória nos delitos praticados anteriormente, devendo estes serem referentes a mesma espécie em análise. Além disso, compreende que, caso seja afastada a insignificância, o encarceramento do indivíduo infrator é medida excessivamente desproporcional, gerando mais danos do que benefícios ao sistema penal (BRASIL, 2015).

Além disso, o relator interpreta que em determinados casos concretos, a apreciação estrita da legislação penal, resultaria em sanções penais desproporcionais e injustas, ainda que as condutas praticadas enquadrem-se perfeitamente nos enunciados normativos elaborados pelos legisladores. Desse modo, entende que há necessidade de interpretação do julgador aos casos concretos, visando inibir eventuais excessos e produzir decisões mais justas e harmônicas com o sistema jurídico brasileiro (BRASIL, 2015).

Entretanto para o Ministro Luís Roberto Barroso a questão central do julgamento não versava sobre o reconhecimento ou não da validade do instituto da insignificância, mas sim quando a melhor e mais adequada maneira de aplicá-lo (BRASIL, 2015).

Apesar de a maioria dos ministros da Suprema Corte entenderem que a reincidência do agente afastaria a aplicação do princípio da insignificância, o Ministro Barroso afirma que, em seu entendimento, o afastamento não deve ocorrer de modo invariável:

48. Com a devida vênia, ao refletir melhor sobre o assunto, não me convenci de que a reincidência deva, invariavelmente, impedir a aplicação do princípio da insignificância. 49. Ainda que a resposta criminal seja, em tese, um inegável desestímulo à prática da conduta reprimida, não se pode dizer que a não incidência do direito penal configure exatamente um estímulo positivo. E, embora a prevenção ainda seja uma meta a ser atingida pelo direito penal, o peso dessa ideia é substancialmente mitigado quando se constata que o índice de reincidência dos egressos do sistema prisional no Brasil é de aproximadamente 70%, um dos maiores do mundo, como visto acima. Isso demonstra se tratar de um quadro complexo, em que o papel preventivo do direito penal talvez não seja decisivo como se imagina. 50. Além disso, o direito penal não se destina a punir meras condutas indesejáveis, “personalidades”, “meios” ou “modos de vida”, e sim crimes, isto é, *condutas* significativamente perigosas ou lesivas a bens jurídicos, sob pena de se configurar um *direito penal do autor*, e não *do fato*.

Na compreensão do Relator, quando o Supremo Tribunal Federal afasta a insignificância, nos casos de reincidência, contribuiu para o aumento da crise do sistema prisional brasileiro. Além disso, após o reconhecimento do delito e imposta a sanção, ainda que branda, não poderá ser substituída por pena restritiva de direitos, sendo que seu cumprimento será, no mínimo, em regime semiaberto (BRASIL, 2015).

Para o Ministro Barroso o reconhecimento de que a reincidência afasta a aplicação da insignificância, que considera a tipicidade material dos delitos, move a questão de sua utilização do eixo da tipicidade para o da culpabilidade, tendo em vista que a questão em análise trata de fato referente ao autor da infração e não a conduta praticada, fazendo com que uma conduta idêntica seja considerada típica para alguns indivíduos, os sem antecedentes, e não para outros, os reincidentes (BRASIL, 2015).

Na concepção do Relator ao analisar a sanção a ser aplicada ao agente que comete furto de bem com valor insignificante, está deve ser proporcional a lesão provocada pela conduta do agente, em vista que o encarceramento generalizado de agentes que cometeram pequenos furtos, resulta em efeitos perniciosos a integridade física e psicológica dos condenados, assim como prejudica o sistema carcerário e a própria segurança pública, tornando a pena privativa de liberdade, nestes casos, mais prejudicial do que benéfica, devendo ser utilizada apenas como última alternativa (BRASIL, 2015).

O Ministro Barroso propõe que a pena privativa de liberdade, nos casos de furto de valor insignificante, seja fixada em regime inicial aberto, entendendo que o ingresso em sistema prisional de agente que cometeu lesão insignificante ao bem jurídico protegido é desproporcional, além disso, propôs que a pena privativa de liberdade seja substituída, via de regra, por pena restritiva de direitos, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. Desse modo, somente haveria reconversão a pena privativa de liberdade, em caso de descumprimento da sanção restritiva de direitos (BRASIL, 2015).

Diante da fundamentação exposta, o relator Luís Roberto Barroso proferiu o seguinte voto:

[...] 4. A circunstância de se tratar de réu reincidente ou de furto qualificado não deve, por si só, impedir a aplicação do princípio da insignificância, cujo afastamento deve ser objeto de motivação específica à luz das circunstâncias do caso [...] 6. Mesmo quando se afaste a insignificância por força da reincidência ou da qualificação do furto, o encarceramento do agente, como regra, constituirá sanção desproporcional, por inadequada, excessiva e

geradora de malefícios superiores aos benefícios. 7. Como consequência, deve ser fixado regime inicial aberto domiciliar, substituindo-se, como regra, a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo em se tratando de réu reincidente, admitida a regressão em caso de inobservância das condições impostas. Interpretação conforme a Constituição do Código Penal (arts. 33, § 2º, c; 44, II, III e § 3º) e da Lei de Execução Penal (art. 117). 8. No caso concreto, trata-se de furto simples de um par de sandálias, avaliado em R\$ 16,00 (dezesesseis reais), por réu com duas condenações anteriores transitadas em julgado por crime de furto, o que não é capaz de afastar a aplicação do princípio da insignificância. 9. Ordem concedida para considerar atípica a conduta do paciente (BRASIL, 2015, <http://portal.stf.jus.br/>).

Em seguida, o Ministro Teori Zavascki discordou do entendimento do relator Luís Roberto Barroso, entendendo que o caso concreto não se tratava de delito de valor insignificante, cometido de forma isolada, mas sim de crime cometido por agente reincidente na mesma conduta criminal, nesse sentido, compreendeu que a conduta reiterada não poderia ser interpretada como socialmente aceitável, não sendo possível, deixar de reconhecer a sua tipicidade pela aplicação da insignificância (BRASIL, 2015).

No mais, manifestou que as consequências da declaração de atipicidade de crimes de furto reiterados, ainda que de valor insignificante, gerariam consequências graves dos pontos de vista jurídico e social. Ao reconhecer a atipicidade da conduta praticada pelo agente, na prática o Tribunal estaria equivalendo-as a condutas lícitas e legítimas, sob todos os aspectos, retirando a possibilidade de repressão estatal sobre a ação delituosa praticada (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, compreende que admissão da atipicidade em práticas de furtos reiteradas, estaria em completo descompasso com os valores que permeiam o conceito social de justiça, assim, quando o Estado não faz uso de seu poder jurisdicional e sancionatório, resta apenas aos demais cidadãos recorrerem a justiça privada, tendo em vista que o Poder Público não os protegerá desta espécie de delito, gerando consequências imprevisíveis e, provavelmente, muitos mais graves, concluindo, que o Judiciário não pode abrir espaço para que este tipo de consequência ocorra (BRASIL, 2015).

Nestes casos, deve prevalecer a interpretação do juiz competente para apreciação e julgamento do caso concreto, ao qual caberá aplicação da penalidade ao agente, de forma adequada e individualizada, respeitando os princípios constitucionais (BRASIL, 2015).

O Ministro Teori Zavascki, continuando a fundamentação de seu voto, asseverou que os requisitos objetivos que negariam a tipicidade, pela insignificância, sendo estes

a mínima ofensividade da conduta, a nenhuma periculosidade social, a reduzida reprovabilidade e a inexpressividade da lesão jurídica, deverão estar presentes de forma concomitante na conduta e não de maneira isolada (BRASIL, 2015).

No mais, a tipicidade não pode ser considerada apenas pelo seu aspecto formal, devendo ser levado em consideração também seu resultado material, entretanto a exclusão da tipicidade material, não admite a conduta reprovável socialmente do agente, consistente na contumácia da prática delituosa de mesma espécie (BRASIL, 2015).

Desse modo, a declaração de atipicidade de determinada conduta, pelo emprego do instituto bagatelar, não pode basear-se, estritamente, no resultado da lesão provocada pela conduta, devendo ser analisado de forma mais ampla, especialmente nos crimes contra o patrimônio, levando em consideração também o desvalor da conduta criminosa, sua repercussão e reprovação social, não podendo, a pretexto da utilização do princípio da insignificância, desvirtuar a finalidade imposta pelo legislador ao elaborar o tipo penal correspondente (BRASIL, 2015).

Salienta, o Ministro Teori Zavascki que as hipóteses de irrelevância penal, trazidas pelo legislador, não visam declarar a atipicidade das condutas típicas praticadas pelo indivíduo, mas sim para mitigar a pena ou a persecução penal. Desta forma, para aplicar a atipicidade penal a condutas formalmente típicas, pela insignificância, é necessário que se vá além da irrelevância penal, sendo indispensável ponderar sobre o significado social da ação delituosa cometida, verificando se declarar a atipicidade da conduta, está em perfeito acordo com a finalidade perseguida pelo ordenamento jurídico penal, assim, concluiu que a contumácia da conduta do agente, em casos de natureza patrimonial, possui relevância penal (BRASIL, 2015).

Além disso, trouxe as definições de multireincidência ou reiteração cumulativa em que o agente pratica múltiplos delitos de valor insignificante, contra a mesma vítima, dando como exemplo a caixa de supermercados que furta diariamente quantia de pequeno valor de seus empregadores, não sendo possível a aplicação do instituto bagatelar; de multireincidência ou reiteração não cumulativa em que são praticados vários delitos insignificantes, de mesma espécie, porém com vítimas diferentes, não havendo óbice a aplicação da insignificância, desde que, estando presentes, cumulativamente, os requisitos objetivos; e o fato único insignificante cometido por réu reincidente, nesse caso, não haveria impedimento para aplicação da insignificância (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, o Ministro solicita especial atenção a reincidência não cumulativa, devendo ser observado se o agente não utiliza-se de delitos de pequena monta, reiteradamente e com diferentes vítimas, como meio de vida. Em caso positivo, as condutas não poderão ser consideradas como irrelevantes penalmente ou socialmente aceitáveis (BRASIL, 2015).

Assim, o Ministro Teori Zavascky, considerando as circunstâncias do caso concreto, em especial a reincidência em crime de mesma espécie, ainda que de pequeno valor, votou pela denegação do *habeas corpus* impetrado (BRASIL, 2015).

Entretanto, entendeu o Ministro que a fixação inicial de cumprimento da pena em regime semiaberto, mostrava-se excessiva proporcionalmente a gravidade da conduta cometida pelo agente, ainda que a legislação penal preveja que condenados reincidentes deverão começar a cumprir suas penas em regime fechado, podendo progredir de regime, conforme cada caso concreto. Dessa forma, entendeu o Ministro que a posição adotada era muito extrema, tendo inclusive já sido revista em decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal, devendo resguardar-se a pena privativa de liberdade, com cumprimento inicial em regime fechado, aos crimes de maior gravidade (BRASIL, 2015).

Além disso, ressalta que existem diferentes tipos de reincidência, não podendo o juiz interpretar a questão da reincidência, apenas no âmbito de sua existência ou ausência, mas sim verificar a gravidade dos crimes anteriormente cometidos pelo indivíduo reincidente. Nesse sentido, não seria proporcional impor igual regime de pena, ao réu reincidente em crime de pequena significação e ao réu reincidente em crime grave (BRASIL, 2015).

Com base na fundamentação exposta, o Ministro Teori Zavascki proferiu o seguinte voto:

(a) trata-se de conduta de pequena significação e de virtual insignificância, apenas admitida a tipicidade em razão da reincidência; e (b) no capítulo da dosimetria, há registro expresso de que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao paciente, razão por que a pena base alcançou o mínimo legal. Assim, verificadas as circunstâncias erigidas pelo STF em situação de virtual insignificância e sendo o caso de atendimento dos vetores subjetivos do art. 59 do Código Penal, é de se reconhecer, apesar da reincidência, o cabimento do regime aberto por aplicação do mesmo padrão de interpretação da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça. 12. Com base nesse entendimento, e considerando que, segundo afirmam as instâncias ordinárias, está presente a situação de reincidência e reiteração cumulativa de delitos da mesma natureza, voto pela denegação da ordem, mas a concedo, de ofício, para fixar como o aberto o regime inicial. É o voto (BRASIL, 2015, <http://portal.stf.jus.br/>).

O Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhou integralmente o voto do Ministro Teori Zavascki, ressaltando, que em sua opinião, nos crimes em que houver reincidência do agente ou incidência de circunstância qualificadora, não deverá ser aplicado o princípio da insignificância (BRASIL, 2015).

O Ministro Edson Fachin, nas considerações iniciais de seu voto, relata que o julgamento em questão não pode ser considerado apenas pelo valor dos bens furtados, dessa forma, deve ser levado em consideração também que todos os indivíduos da sociedade estão sujeitos a serem vítimas de reiterados crimes de furtos de pequeno valor, em especial, aqueles dotados de menores condições financeiras. Nesse sentido, entender que a prática de furtos reiterados, ainda que de pequeno valor, como fatos atípicos seria retirar do Estado o poder de intervir penalmente nestes casos, deixando a parcela mais vulnerável da população desassistida (BRASIL, 2015).

Para o Ministro Fachin, a reiteração delituosa do agente e a incidência de circunstâncias qualificadores no crime de furto podem afastar a aplicação do instituto bagatelar, ainda que seja insignificante o valor do bem furtado, visto que não se enquadram ao requisito objetivo do reduzido grau de reprovabilidade social. Entretanto a simples presença de reincidência ou qualificadora não deve inviabilizar a utilização do princípio da insignificância, devendo os julgadores analisarem cada caso concreto e, mediante fundamentação, poderá ser declarada a atipicidade material das condutas (BRASIL, 2015).

Além disso, diante do caso concreto, o magistrado que tiver considerado a inaplicabilidade do princípio da insignificância a conduta praticada, poderá considerar desproporcional a segregação carcerária automática do agente, deixando de aplicar o início do cumprimento da pena em regime semiaberto ou fechado (BRASIL, 2015).

Em contraposição ao entendimento do Relator, o Ministro Edson Fachin interpreta que a reincidência não afasta a declaração da atipicidade da conduta, mas sim a aplicação do princípio da insignificância que, uma vez aplicado, levaria ao afastamento da tipicidade material. Dessa forma, primeiro haveria de se constatar se a conduta é significativa ou insignificante, podendo ser empregado o instituto bagatelar, e tão somente após esta primeira análise, poderia declarar-se sua tipicidade (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, nas palavras do Ministro Edson Fachin:

[...] não se está a dizer que uma dada conduta atípica, torna-se típica, porque o agente é reincidente. Fosse essa a premissa, não teria dúvida em rechaçá-la. O que se está discutindo é se a reincidência é ou não relevante para a configuração da insignificância, esta sim, a causa da atipicidade. Uma vez declarada a insignificância do fato é que se chega à conclusão de ser a conduta atípica [...]. Assim, a reincidência não é tida, diretamente, como causa de afastamento da alegação de atipicidade da conduta. A reincidência é tida como causa de afastamento da aplicabilidade do princípio da insignificância. Uma vez declarada que a conduta é significativa, aí sim, declara-se sua tipicidade (BRASIL, 2015, <http://portal.stf.jus.br/>).

Para o Ministro Edson Fachin devem considerados, cumulativamente, o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, nesse sentido, o legislador ao tipificar condutas passíveis de sanção penal, levou em consideração não apenas a proteção do bem jurídico tutelado pelo Direito, mas também seu desvalor ético-social. Desse modo, exemplifica sua concepção, por meio da comparação de dois crimes de homicídio, um doloso e outro culposos, ressaltando que apesar de possuírem idêntico resultado e lesão ao bem jurídico tutelado, ao primeiro deverá ser imposta punição mais grave, em vista do desvalor social da conduta praticada. Assim, os julgadores, não devem basear o emprego da insignificância apenas na ínfima lesão provocada ao bem jurídico protegido, mas sim cumulativamente com o requisito do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, levando-se em consideração o desvalor do resultado e da conduta (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, o Ministro Fachin compreende que a presença de reincidência do agente ou há existência de circunstâncias qualificadoras do tipo penal, consistem em causas de maior reprovabilidade da conduta, o que, por decorrência lógica, prejudicaria o emprego da insignificância aos casos concretos, levando-se em consideração a necessidade da presença do requisito do reduzidíssimo grau de reprovabilidade social para sua aplicação (BRASIL, 2015).

O Ministro Fachin salienta também que nos crimes de furto há dificuldade de fixar-se valor a ser considerado significativo para o Direito Penal, visto que o bem furtado pode aparentemente possuir valor ínfimo, todavia ser de extrema importância se for o único ou parte considerável do patrimônio da vítima atingida, sendo improvável, a reparação civil (BRASIL, 2015).

No mais, compreende que a presença de reincidência não deve automaticamente ser utilizada para afastar a insignificância, todavia havendo indícios suficientes da prática delitativa contumaz de furtos leves pelo agente, esta poderá impedir o julgador de empregar o referido princípio, nos casos concretos, em vista da

ausência do requisito do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento. Por outro lado, a desconsideração automática da tipicidade da conduta, pelo valor insignificante dos bens furtados, resultaria na impossibilidade de condenação do agente que reiteradamente pratique furtos de pequena monta, deixando parte significativa da população fora da tutela de proteção Estatal (BRASIL, 2015).

Quando a proposta de fixar o regime inicial aberto ou domiciliar de cumprimento da pena, para indivíduos que furtaram bens de reduzido valor, entende o Ministro Fachin que a generalização é incompatível com a multiplicidade de casos concretos julgados no País, podendo, em determinados casos, ser determinado o regime inicial fechado ou semiaberto pelo julgador competente, nesse sentido, apesar da desvantagem do não estabelecimento de tratamento isonômico aos condenados, a ausência de fixação de regime obrigatório para o início do cumprimento da pena, permite aos juízes de instâncias ordinárias a aplicação mais adequada do regime de cumprimento penal, tendo em vista as inúmeras peculiaridades de cada caso concreto (BRASIL, 2015).

Diante da fundamentação exposta, o Ministro Edson Fachin votou pela denegação do *habeas corpus* impetrado, entendendo ser válido o afastamento do princípio da insignificância e consequente aplicação da pena prevista ao caso concreto (BRASIL, 2015).

A Ministra Rosa Weber acompanhou o voto do Relator, pelo acolhimento do pedido de *habeas corpus* impetrado, interpretando que a conduta não possui relevo, apesar da ofensividade, que justificasse o acionamento da máquina estatal e a segregação do agente ao ambiente carcerário. Por outro lado, o Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do Ministro Teori Zavascki, pela denegação do *habeas corpus* impetrado e pelo cumprimento inicial em regime aberto, entendendo que no caso concreto deveria ser dada uma resposta penal mínima e não a descriminalização do fato típico, tendo em vista que a conduta praticada estava em desacordo moral com a sociedade, violando o requisito do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento (BRASIL, 2015).

O Ministro Dias Toffoli também acompanhou o voto do Ministro Teori Zavascki, compreendendo que a reincidência, isoladamente, não impede a utilização da insignificância, entretanto diante do caso concreto e da análise de todos os elementos, poderá o juiz considerá-la e deixar de aplicar o princípio da insignificância (BRASIL, 2015).

Na interpretação da Ministra Cármen Lúcia o princípio da insignificância é incompatível com a reincidência, todavia, mediante a análise do caso concreto, poderia ser adotado o regime inicial aberto para cumprimento das penas. No entendimento da Ministra o princípio bagatelar não deve ter sua interpretação ampliada pelo Poder Judiciário, sob pena de fragilizar o trabalho legislativo de prever tipos penais, devendo prevalecer a reserva legal e a independência dos Poderes. Além disso, acrescentou aos critérios objetivos de aplicação da insignificância, os vetores da ausência de prejuízo importante ao titular do bem jurídico tutelado e a ausência de prejuízo importante à integridade da ordem social (BRASIL, 2015).

Para a Ministra a contumácia delitiva do acusado constituiu óbice ao emprego do princípio da insignificância, ainda que se trate de reiterados furtos de pequeno valor, tendo em vista que propicia relevante prejuízo a integridade social, afastando o requisito do reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta, assim, o julgador não deve avaliar apenas o valor da *res furtiva*, mas também os reflexos da conduta perante a sociedade (BRASIL, 2015).

A Ministra Cármen Lúcia ressalta que é possível que idêntica conduta seja considerada típica em um caso e não em outro, sem que se passe a utilizar o denominado direito penal do autor, isto ocorre, por conta da evolução da análise da tipicidade que anteriormente apenas fazia juízo formal da conduta praticada, adequando meramente o modelo ideal ao caso concreto. Entretanto, atualmente, utiliza-se o conceito de tipicidade conglobante que além do aspecto formal, acrescenta a tipicidade a análise dos aspectos material e antinormativo a conduta submetida a investigação. Dessa forma, seria perfeitamente possível considerar a mesma conduta, praticada por agentes diversos, formalmente típica em um caso, e não o seja em outro. Diante disso, a Ministra acompanhou o voto do Ministro Teori Zavascki denegando o *habeas corpus* pleiteado pelo impetrante (BRASIL, 2015).

O Ministro Marco Aurélio não quis ingressar na análise do mérito da questão, para o Ministro o Direito Penal deve se submeter ao princípio da legalidade estrita, não cabendo aos Órgãos do Poder Judiciário reescreverem as normas previstas pelo Código Penal, sob pena de invadir indevidamente as atribuições do Poder Legislativo, nesse sentido, votou pela denegação do *habeas corpus* impetrado, bem como da concessão do regime inicial aberto, haja vista que foi comprovado cometimento de fato típico pelo agente, assim como a previsão legislativa afirma que deve ser aplicado regime inicial de cumprimento de pena aberto ao réu não reincidente (BRASIL, 2015).

Os Ministros Gilmar Mendes e o Presidente da Corte Ministro Ricardo Lewandowski acompanharam o voto do Ministro Teori Zavascki, por outro lado o Ministro Celso de Mello, reconhecendo a ocorrência de fato insignificante no fato concreto, acompanhou o Ministro Relator Luis Roberto Barroso (BRASIL, 2015).

Diante disso, o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal foi de que o princípio da insignificância deve ser analisado de forma ampla ou conglobante, devendo analisar também a reincidência do agente e não somente a lesão material resultante da conduta praticada (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, acolheram a tese de que a reincidência, de forma exclusiva, não afasta aplicação do instituto bagatelar, entretanto considerando o juiz que o emprego do princípio da insignificância resultará em prejuízo penal e/ou social, poderá fazer uso da aplicação de sanção ao indivíduo que cometeu o delito, afastando a aplicação da insignificância (BRASIL, 2015).

Por fim, neste caso, Habeas Corpus 123.108/MG, a maioria dos ministros entendeu pelo afastamento do princípio da insignificância, entretanto reconheceram a necessidade de abrandar o cumprimento da pena do agente, alterando o regime inicial de semiaberto para aberto (BRASIL, 2015).

Ao final do julgamento, restaram acolhidas as seguintes teses, quanto ao emprego do instituto bagatelar:

2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade (BRASIL, 2015, <http://portal.stf.jus.br/>).

Em última análise, pode-se concluir que o Habeas Corpus 123.108/MG foi de fundamental importância para o entendimento da aplicação do princípio da insignificância, em vista que adicionou aos requisitos objetivos que caracterizariam o seu emprego, o requisito subjetivo da reincidência do agente, sendo que quando o indivíduo for reincidente, tratando-se de delito de mesma espécie, ainda que a lesão tenha sido ínfima, não deverá, via de regra, ser aplicado o instituto da insignificância, todavia a maioria dos Ministros da Suprema Corte reconheceram que a aplicação de

pena privativa de liberdade, com regime inicial semiaberto, era desproporcional a gravidade do crime praticado, alterando o cumprimento inicial para regime aberto.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho versou sobre a aplicação e construção do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal, indagando-se quais os requisitos são utilizados pela Suprema Corte para empregar o instituto bagatelar, descriminalizando condutas formalmente típicas.

No capítulo inicial, verificou-se que o princípio da insignificância afasta da apreciação do Poder Público delitos considerados de valor ínfimo, por meio da declaração da atipicidade material das condutas, possibilitando ao Estado intervir penalmente na repressão de condutas significantes, além disso, apurou-se que o instituto possui longa trajetória jurídica estando presente em diferentes legislações ao longo da história, que serviriam como base para o direito moderno brasileiro, sendo que sua concepção moderna foi elaborada pelo jurista Claus Roxin.

No mais, apresentou-se o conceito do princípio da lesividade ou ofensividade que fundamenta os requisitos objetivos da mínima ofensividade da conduta do agente, a inexpressividade da lesão jurídica provocada, assim como do princípio da adequação social que fundamenta o requisito do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento.

No segundo capítulo, analisou-se as duas principais finalidades atribuídas as penas, a primeira de caráter retributivo e individual, visando punir o agente que transgredir as normas penais e a segunda de caráter preventivo e social, objetivando a estabilidade social, por meio da intimidação de novos infratores, em função do temor da sanção penal.

Outrossim, foi averiguado que para a maioria dos doutrinadores o melhor critério para qualificação de um fato criminoso é o analítico, utilizado pela moderna Teoria Geral do Delito, fracionando a análise da ação ou omissão em três eixos, sendo estes o da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade, possibilitando a aplicação da lei penal aos casos concretos.

No capítulo final, foi analisado o *Habeas Corpus* 84.412-0/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do ministro Celso de Mello, o qual introduziu os quatro requisitos objetivos que serviriam de base a futura aplicação da insignificância pelas demais varas e tribunais brasileiros, sendo estes, a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o

reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ademais, foi analisado o Habeas Corpus 123.108/MG que tratou do requisito subjetivo da reincidência do agente nos delitos bagatelares, sendo que, conforme entendimento majoritário da Corte Suprema, quando o agente for reincidente, tratando-se de delito de mesma espécie, ainda que a lesão tenha sido ínfima, não deverá, via de regra, ser aplicado o instituto da insignificância.

Em última análise, pode-se concluir que pelo fato de o princípio da insignificância não se encontrar expressamente previsto na legislação brasileira, a maneira correta de sua aplicação ou restrição acaba sendo construída concomitantemente a sua utilização ou afastamento nos casos concretos, em especial, pelos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. 1. ed. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.412-0/SP**. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – DELITO DE FURTO – CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE – “RES FURTIVA” NO VALOR DE R\$ 25.00 (EQUIVALENTE A 9.61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STD – PEDIDO DEFERIDO Paciente: Bill Cleiton Cristóvão ou Bil Cleiton Cristovão ou Bill Cleiton Cristoff ou Bui Cleyton Cristovão ou Bill Creiton Cristoff ou Bil Cleyton Cristovão. Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello, 19 de outubro de 2004, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226200>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 123.108-0/MG**. PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA Paciente: José Robson Alves Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Roberto Barroso, 03 de agosto de 2015, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4596213>. Acesso em: 22 out. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva 2012. v.1.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 9. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2007. v.1.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **O princípio da insignificância no direito penal**. São Paulo: RT, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Fernando Aparecido da. O princípio da insignificância e sua aplicação pelos tribunais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, a. 15, n. 2624, 7 set. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17353>. Acesso em: 01 maio 2020.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VICO MAÑAS, Carlos. **O Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. - São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002