

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

MARCELO VIDAL DE MENDONÇA

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O FUNCIONALISMO DE CLAUS
ROXIN: UMA INTERFACE JURISPRUDENCIAL**

Juiz de Fora
2018

MARCELO VIDAL DE MENDONÇA

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O FUNCIONALISMO DE CLAUS
ROXIN: UMA INTERFACE JURISPRUDENCIAL**

Monografia apresentada pelo acadêmico Marcelo Vidal de Mendonça à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito à obtenção do título de bacharel.

Orientador: Prof. João Becon de Almeida Neto.

Juiz de Fora

2018

MARCELO VIDAL DE MENDONÇA

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O FUNCIONALISMO DE CLAUS
ROXIN: UMA INTERFACE JURISPRUDENCIAL**

Monografia apresentada pelo acadêmico Marcelo Vidal de Mendonça à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial a obtenção do grau de bacharel sob orientação do Prof. João Beccon de Almeida Neto.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor João Beccon de Almeida Neto - Orientador

Professor Bruno Amaro Lacerda

Professor Felipe Fayer Mansoldo

Juiz de Fora, 13 de novembro de 2018

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar o Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro, estudando os conceitos, a origem, sua aplicabilidade, requisitos e outros princípios a ele relacionados, esquadrihando sua aplicação em determinados delitos. Busca, assim, refletir acerca da diferenciação entre o furto de pequeno valor e a aplicação do princípio no crime de descaminho. Além disso, tem por desígnio sopesar as jurisprudências dos Tribunais Superiores, para ao fim concluir sobre a necessidade de um maior apuro na exegese desse importante princípio pelos aplicadores do direito.

Palavras-chave: Direito Penal. Princípio da Insignificância. Funcionalismo. Claus Roxin. Conceitos. Aplicação.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the Pericle Offenses in the Brazilian Criminal Law, studying the concepts, the source, its applicability, and other requirements related to the Pericle Offenses, analyzing your application in certain crimes. Search thus reflect on the differentiation between the theft of small value and the application of the principle in the crime of embezzlement. In addition, consider the case design of the Superior Courts, to the end conclude on the need for greater trouble in the exegesis of that important principle by the executors of law.

Keywords: Criminal Law. Pericle Offenses. Functionalism. Claus Roxin. Concepts. Application

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. Teoria Geral do Crime	10
1.1 – O Funcionalismo Teleológico de Roxin	12
1.2 – O Funcionalismo Simbólico de Jakobs	13
1.3 – Conceito de crime	14
1.4 – Elementos do crime	15
1.5 – Tipicidade Penal: Formal, Material e Conglobante	16
2. O Princípio da Insignificância	18
2.1 – Natureza Jurídica.....	19
2.2 – Vetores para o reconhecimento do Princípio da Insignificância.....	20
3. Aplicação do princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro ...23	
3.1- Aplicação do Princípio pelo delegado de polícia.....	25
3.2 -Aplicação do Princípio no crime de descaminho (Crime Tributário)	26
CONSIDERAÇÕES FINAIS	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar o Princípio da Insignificância e discutir sua aplicação na seara jurídica brasileira.

A decisão de trazer essa discussão à baila se fundamenta na constatação de que o judiciário brasileiro não tem sido capaz de dirimir em suas instâncias iniciais uma série de casos de pouca relevância que, por isso mesmo, terminam chegando a mais alta corte do país. Trata-se, pois, de um tema cuja explanação interessa tanto aos aplicadores do direito quanto aos réus, e foi entendido como uma boa oportunidade de reflexão na finalização de um curso de Direito.

Vale ressaltar ainda que há uma escolha política para o procedimento de interpretação da teia de relações sociais e do papel do Estado. As estruturas de uma sociedade refletirão o caminho que o poder vai percorrer e se estabelecer em meio a essa sociedade.

O standart social gera reflexos diretos na construção e organização do Estado e conseqüentemente de seu aparelho jurídico, incluindo normas, princípios e leis. A própria Constituição carrega consigo o DNA da sociedade a que se aplica. Logo, é preciso estar atento às interpretações em aberto que a lei traz. É um exercício constante feito pelos aplicadores do Direito e, de certa forma, por toda a sociedade, ao determinar as condutas e normas relevantes e/ou desvaloradas pelos seus cidadãos. O Direito não deve se ater somente à letra da Lei (reducionismo) e sim estar aberto a uma exegese mais ampla e ao mesmo tempo precisa sobre a conduta humana no tempo.

O homem vivendo em sociedade implica relações de poder. Esse contexto fica evidente em se tratando do Direito Penal, uma vez que as regras estabelecidas, ação ou omissão, acabam refletindo os institutos de poder que emanam da própria sociedade. Via de regra, as normas penais entrarão em conflito com os princípios basilares do Estado social e democrático de Direito. Neste momento, entram em cena os aplicadores do Direito, a academia, os Tribunais, os poderes legislativos e porta-vozes da sociedade para discutir, refletir e aprimorar as leis, as decisões e o pensamento jurídico presente na sociedade.

Esse é o ponto principal a ser colocado em xeque neste trabalho, a saber: até onde o princípio da insignificância incide ou não na conduta do agente. E que ações ou omissões devem ser excluídas de punibilidade, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não traz explicitamente a insignificância, ficando a cargo de uma interpretação aberta e sensível dos aplicadores da Lei.

Além disso, a corroborar a importância do tema, resulta apropriado lembrar os desdobramentos de um caso de furto ocorrido há alguns anos: Maria Aparecida Matos, uma ex-empregada doméstica e portadora de "retardo mental moderado", foi detida em flagrante em abril de 2004, quando tinha 23 anos, após tentar furtar um xampu e um condicionador que, juntos, custavam R\$ 24 (vinte e quatro reais), em valores da época. Por esse crime, ela ficou presa por mais de um ano.

Encaminhada ao Cadeião de Pinheiros, passou a dividir uma cela com outras 25 presas. A jovem sofria surtos, não dormia à noite e urinava na roupa, situação que acabou por provocar um tumulto nessa cela. Para dispersar a confusão, foi lançada uma bomba de gás lacrimogêneo, que só fez aumentar o desespero de Maria Aparecida. Foi então que uma das presas jogou água em seu rosto, e a mistura do gás com o líquido fez com que ela perdesse a visão. Aos gritos de dor, ela foi transferida para local destinado às presas ameaçadas de morte.

Somente após sete meses de prisão, foi realizada uma audiência e ela foi transferida para a Casa de Custódia de Franco da Rocha, em São Paulo, onde foi atestada a perda da visão de seu olho direito. A advogada contratada pela irmã de Maria Aparecida entrou com pedido de *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de São Paulo, que foi negado. Apelou, então, ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual concedeu à ré, em maio de 2005, liberdade provisória, após 13 meses de prisão, sofrimento e perda da visão de um dos olhos. Tudo isso por causa de R\$ 24. Em maio de 2009, ao fazer o julgamento da ação penal, o STJ anulou o processo, da prisão até a sentença, aplicando o princípio da insignificância¹.

Situações como estas ocorrem diversas vezes e, após serem julgadas por três instâncias do Judiciário, as prisões decorrentes de furtos de valor insignificante, se tornam objeto de análise dos ministros do Supremo Tribunal Federal por meio de

¹ Para mais informações sobre este caso em específico, recomenda-se assistir o documentário *Bagatela*, produzido pela TV Cultura de São Paulo. Disponível em: <https://youtu.be/dKoZAqP20Hg>.

pedidos de *habeas corpus*. A maioria dos pedidos é impetrada pela Defensoria Pública da União contra decisões do Superior Tribunal de Justiça, que mantêm as prisões decorrentes de furtos de pequeno valor, as quais causam, além de resultados irreversíveis, um excesso de processos que só contribui para aumentar a lentidão da morosa Justiça Brasileira.

Para a discussão ora proposta, adotamos como metodologia a pesquisa bibliográfica em acervo teórico-crítico da doutrina do Direito sobre o Princípio da Insignificância. Para o levantamento de decisões e acórdãos que colocam o referido princípio em tela de juízo, recorreremos à pesquisa nos repositórios jurisprudenciais dos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br) e do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br) usando a expressão de busca “princípio da insignificância”.

A organização do trabalho se faz em três capítulos, a saber: um capítulo inicial em que se expõe o conceito de crime, chegando à teoria adotada hoje, ou seja, a analítica, que considera como crime o fato típico, ilícito e culpável, explicando o que é tipicidade formal, material e conglobante e como o Princípio da Insignificância, quando aplicado, atua de maneira a excluir a tipicidade material.

Em seguida, no segundo capítulo, se discorrerá sobre a postulação do Princípio da Insignificância, a partir, fundamentalmente, das formulações de Claus Roxin. Também será apresentado o elenco de requisitos observados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para a aplicação do princípio em estudo, assim como sua aceitação na jurisprudência brasileira, pois já se fazem questionamentos sobre se existe um valor base para a insignificância e se é possível aplicar uma valoração para um quesito tão subjetivo.

Por fim, no terceiro e último capítulo, apresentamos dois acórdãos que tratam da aplicação do Princípio da Insignificância e levantamos alguns pontos para debate, os quais encaminharão o trabalho para a apresentação das considerações finais.

1. TEORIA GERAL DO CRIME

A Teoria Geral do Crime ou Teoria Geral do Delito tem como objetivo estudar os elementos do crime.

Ao longo dos anos, essa teoria foi evoluindo e, tendo em vista os objetivos do presente trabalho, descreveremos muito concisamente algumas correntes de pensamento surgidas ao longo de seu desenvolvimento: Teoria do Delito Causalista (Conceitos Clássico e Neoclássico), Finalista, da Ação Social e Funcionalista. De acordo com Bitencourt², tais fases “apresentam certa integração, na medida em que nenhuma delas estabeleceu um marco de interrupção completo, afastando as demais concepções”.

A Teoria Causalista, elaborada no marco da doutrina alemã do Direito Penal em fins do século XIX, teve como expoentes os juristas Franz Von Liszt e Ernst Beling. Guiados pelos princípios e métodos das ciências naturais experimentais, para o sistema Liszt-Beling, o crime dividia-se em elementos objetivos (tipicidade e a antijuricidade) e subjetivos (culpabilidade).

Segundo Bitencourt³, o Conceito Clássico de delito deu um tratamento exageradamente formal ao comportamento humano que seria definido como delituoso. Assim, a ação, concebida de forma puramente naturalística, estruturava-se com o tipo objetivo-descritivo, a antijuricidade era puramente objetivo-normativa e a culpabilidade, por sua vez, apresentava-se subjetivo-descritiva.

Após uma revisão crítica e sistemática de parte das formulações causalistas, construiu-se uma espécie de causalismo “neoclássico”, o qual modificou o conceito de ação e de culpabilidade e estabeleceu uma nova atribuição ao tipo penal. O crime continuou sendo uma ação típica, antijurídica e culpável. Com essa modificação, o tipo, que era antes um mero processo de exteriorização da conduta, passou a ter, em algumas situações, elementos subjetivos e/ou elementos normativos (tipo injusto). A antijuricidade, que no conceito clássico era apenas um juízo valorativo puramente formal, começa a trabalhar com um novo conceito material de antijuricidade,

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.138

³ Idem, p.139.

representado pela danosidade social⁴.

Entre os anos de 1920 e 1930, contrastando com os modelos anteriores, surge a Teoria Finalista. Os partidários do finalismo compreendiam que a ação relevante para o direito penal deveria estar dirigida a um fim. Neste enquadre, “será típico o fato praticado pelo agente se este atuou com dolo ou culpa na sua conduta, se ausente tais elementos, não poderá o fato ser considerado típico, logo sua conduta será atípica”⁵. A elaboração desta forma de pensamento se deve fundamentalmente ao consagrado penalista e filósofo do Direito, Hans Welzel.

Também nos anos de 1930, mais especificamente a partir de Eberhard Schmidt (1932), foi formulada a Teoria da Ação Social, que procurou dar uma nova visão ao conceito causalista. A ideia central das teorias sociais é buscar a síntese da relação entre o comportamento humano e o mundo circundante, sendo a ação todo comportamento socialmente relevante. Aliás, essa noção de relevância social da conduta humana é a pedra angular que pode ser encontrada em todas essas vertentes.

Para os seus defensores, a vantagem da teoria está no fato de o elemento sociológico cumprir a missão de permitir ao Poder Judiciário a supressão do vácuo criado pelo tempo entre a realidade jurídica e a social.

Por último, cabe tecer alguns comentários acerca da Teoria Funcionalista da Ação, uma vez que Claus Roxin, autor cujas ideias subjazem à discussão proposta neste trabalho, a ela se filia.

Para o funcionalismo, o método não deve ser restritivo no sentido de vincular o legislador e a dogmática a estruturas pré-jurídicas, a partir das quais as soluções não tenham em conta o universo tão mais amplo dos valores que envolvem a vida em sociedade. Destarte, a sua essência é normativa, assim como a Teoria Jurídico-Penal e a Significativa, não considerando a ação um conceito pré-jurídico, e sim obtido à luz das normas, do Direito e da sociedade.

Uma das peculiaridades da Teoria Funcionalista está na sua interpretação da

⁴ Idem, p.140.

⁵ EMANUELE, Rodrigo Santos. Teorias da conduta no Direito Penal, 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3538/Teorias-da-conduta-no-Direito-Penal>. Acesso em: 16 out. 2018.

conduta de acordo com os fins da pena. Orienta-se por um critério de sistematização especificamente jurídico-penal: as bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena, guiando-se em suma pelas “finalidades do direito penal”.

Merece destaque ainda como característica da dogmática funcionalista o apoio nas ciências sociais. Isto é, no dizer de Juarez Tavares,

o funcionalismo pretende não apenas explicar o sistema jurídico, mas compor também uma análise global de todo o sistema social. O objeto do sistema social é evidentemente a ação humana. O fundamento da análise sistêmica reside justamente no fato de que as ações se veem regidas por expectativas, as quais encontram nos sistemas seus marcos delimitadores, correspondentemente a diversas variáveis, das quais uma delas estaria constituída pelas normas jurídicas⁶.

Deve-se ressaltar que o finalismo possui várias vertentes, as quais partem dos mais diversos pressupostos, levando-nos a, inclusive, falar em “funcionalismos”. Dentro delas, podemos destacar como relevantes para análise o chamado Funcionalismo Teleológico e o Funcionalismo Simbólico, desenvolvidos por Claus Roxin e Günther Jakobs, respectivamente.

1.1 – O Funcionalismo Teleológico de Roxin

Em seu livro *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, Roxin inaugura o pensamento funcionalista no direito penal. Realiza um esforço em demonstrar que a clássica lição de Von Liszt, segundo a qual o direito penal é a barreira intransponível da política criminal não deveria prevalecer. Trabalhava, portanto, no reconhecimento de que problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito.

Roxin propõe o que chamamos de “conceito pessoal de ação”. A conduta, para o alemão, é o conjunto de dados fáticos e normativos que são a expressão da personalidade do homem, isto é, integram a parte anímica-espiritual do ser humano. Conforme observa Cláudio Brandão, tal conceito permite excluir da definição de ação todas as manifestações não domináveis pela vontade, como os atos involuntários por exemplo, onde a personalidade não é manifestada a partir de atos exteriores.

De logo, apresenta-se o problema das várias acepções do significado de

⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 62.

“personalidade”, constituindo o maior objeto de críticas que essa teoria possui. Eysenck, por exemplo, a define como “organização mais ou menos estável e duradoura do caráter, do temperamento, do intelecto e do físico de uma pessoa: organização que determina sua adaptação total ao ambiente”. Entretanto, essa vagueza da palavra personalidade satisfaz exatamente o objetivo de Roxin: obter um conceito amplo da conduta pelo mecanismo da exclusão; tanto que a crítica que o alemão dirige às concepções tradicionais está no sentido de considerá-las reducionistas. Assim, manifestações da personalidade são basicamente o que sobra quando se exclui tudo o que, segundo o consenso geral, não aparece como ação.

1.2 – O Funcionalismo Simbólico de Jakobs

Günther Jakobs foi um autor muito criticado pelos estudiosos do Direito penal, chegando, inclusive, a ser considerado uma espécie de neonazista. Entretanto, tomando como base a teoria sistêmica de Luhmann, elaborou uma interessante teoria acerca da conduta humana; na verdade, seu funcionalismo é um tanto quanto radicalizado, no sentido de que “funcionaliza não só os conceitos, dentro do sistema jurídico-penal, como também este, dentro de uma teoria funcionalista sistêmica da sociedade”.

O jurista trabalha com a noção de que, nos contatos sociais, só é possível orientarmos-nos se não contarmos, a cada momento, com comportamentos imprevisíveis de outra pessoa. Assim, o ser humano cria expectativas ao estabelecê-los. Dentro dessas expectativas quanto ao comportamento, interessariam dois grupos: aquelas baseadas nas leis da natureza; e aquelas especificamente baseadas na pretensão de que os demais sigam as normas vigentes.

A separação dessas duas expectativas é atribuída por Jakobs ao conceito de ação. Chega-se, pois, ao conceito de conduta como evitabilidade individual: a ação é causação de um resultado individualmente evitável.

Causar um resultado é gerar um mínimo de resultado externo, representado pelo movimento corporal. Assim, não se trata de resultado no sentido dos crimes materiais, mas de todos os movimentos corporais cognoscíveis em sua conformação e de suas consequências. Essa é uma das distinções entre a teoria de Jakobs e a teoria causal, cujo resultado é naturalístico.

Já quanto à inevitabilidade, é interessante observar que, para o seu entendimento, não interessa saber sobre o conhecimento da norma por parte do sujeito da conduta. Aliás, o conhecimento da norma sequer é discutido no estrato da conduta humana. Portanto, o que interessa no plano da ação é saber se esta é evitável. Assim, resumindo, a ação seria a postura do sujeito em relação à motivação da norma.

As principais críticas sofridas por essa teoria são relativas ao seu excesso de distanciamento da realidade e ao seu abuso na criação de conceito de conduta. Pode-se perceber que o seu conceito não se preocupa em construir um direito penal de garantias, legitimando todo e qualquer sistema punitivo, inclusive os de perfil autoritário, por força de considerar ser missão do direito penal a proteção de suas próprias normas. Além disso, há um desprezo da conduta humana como dado ôntico.

Não obstante, toda a evolução sobre a Teoria do Crime, é possível vislumbrar que o crime permanece sendo uma ação típica, antijurídica e culpável⁷.

1.3 – Conceito de crime

Para fazer uma abordagem sobre o princípio da insignificância, é preciso definir o que seja crime ou delito. Segundo o art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940):

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Entretanto, no Código Penal vigente não está expresso o conceito de crime, como continha nas legislações passadas, ficando a cargo dos doutrinadores o definirem e conceituarem⁸.

O aspecto material define crime, segundo Bitencourt, como “ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição como a de

⁷ BITENCOURT, op. cit., p. 143.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. Manual de direito penal – parte geral, v. I. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

pena”⁹. Já o aspecto formal conceitua o delito como toda conduta que contraria a lei¹⁰.

Quanto ao conceito analítico, aspecto este que analisa os elementos do crime, nota-se uma divergência doutrinária. Os renomados doutrinadores Damásio, Delmanto e Mirabete – seguidores da teoria bipartite, consideram que o delito é um fato típico e antijurídico (ilícito). Para esses doutrinadores, a culpabilidade seria apenas um pressuposto da pena. Enquanto Greco, Assis Toledo, Luiz Regis Prado, Bitencourt e Zaffaroni, adeptos da corrente tripartite, entendem que o crime é composto pelo fato típico, pela ilicitude (antijuridicidade) e pela culpabilidade.

Podemos observar, portanto, que a doutrina majoritária entende que o crime seja fato típico, ilícito e culpável.

1.4 – Elementos do crime

Em uma visão inicial e panorâmica do fato típico punível do crime, são elementos do crime o fato típico, ilícito ou antijurídico e culpável. O fato típico caracteriza-se por um comportamento humano previsto como infração penal, é o comportamento humano que provoca um resultado, em regra, e é previsto em lei penal como infração. O fato ilícito é aquele contrário ao ordenamento jurídico, ou seja, é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. Já a culpabilidade é o juízo de reprovação (não é característica, aspecto ou elemento do crime), mera condição para se impor a pena pela reprovabilidade da conduta.

Cumprido esclarecer que essa divisão é apenas um meio utilizado pela doutrina para analisar o delito, já que este possui caráter unitário. Nesse sentido, Bitencourt expõe que¹¹:

A divisão do delito em três aspectos, para fins de avaliação e valoração – tipicidade, antijuricidade e culpabilidade -, facilita e racionaliza a aplicação do direito, garantindo a segurança contra as arbitrariedades e as contradições que frequentemente poderiam ocorrer. Essa divisão tripartite da valoração permite um resultado final adequado e justo.

⁹ BITENCOURT, op. cit., p.143.

¹⁰ GRECO, Rogério. *Direito penal* – Lições. 2ª ed. Belo Horizonte: Praetorium, 2000, p. 123.

¹¹ BITENCOURT, op. cit., p. 238

1.5 – Tipicidade Penal: Formal, Material e Conglobante

A tipicidade constitui um dos elementos do crime, para que uma conduta seja fixada como criminosa ela deve se enquadrar a um tipo penal que corresponda à perfeita adequação da conduta praticada pelo agente ao modelo genérico previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador.

Segundo a doutrina e jurisprudência majoritária, a tipicidade penal se divide em dois elementos, quais sejam: Tipicidade formal e tipicidade material.

Por tipicidade formal entende-se como a mera adequação da conduta ao tipo penal. Essa adequação deve ser perfeita, sob pena de o fato ser considerado formalmente atípico. “Confluência dos tipos concreto (fato do mundo real) e abstrato (fato do mundo normativo)”¹².

Já a tipicidade material, consiste em critério que afere a importância do bem no caso concreto, a fim de que se consiga avaliar se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal. Relaciona-se diretamente ao princípio da intervenção mínima, o qual preceitua que a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade, como a vida, a integridade física, o patrimônio, etc.

Neste momento a tipicidade era compreendida como: tipicidade formal - descrição legal do fato típico; e tipicidade material - ofensividade da conduta ao bem juridicamente tutelado. Contudo, veio Zaffaroni e criou o conceito de tipicidade conglobante, sendo entendida como a junção da tipicidade material com a antinormatividade.

A teoria da tipicidade conglobante do jurista Raúl Zaffaroni visa explicar a tipicidade, elemento integrante do fato típico, para o direito penal. Para essa teoria, não se pode considerar como típica uma conduta que é fomentada ou tolerada pelo Estado. Em outras palavras, o que é permitido, motivado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. O juízo de tipicidade deve ser concretizado de acordo com o sistema normativo considerado em sua globalidade.

Da obra de Rogério Greco que se extrai a seguinte lição acerca da tipicidade

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado* – 15ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense 2015.

conglobante:¹³

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

Exemplificando, o art. 121 do CP diz ser proibido matar alguém. No entanto, a proibição nele prevista não se dirige a todos, devendo ser excetuada com relação àqueles que têm o dever de matar. No confronto entre a proibição e uma imposição (norma que determina que o carrasco execute a sentença de morte), deve-se concluir que a proibição de matar, nos casos em que a lei prevê, não se dirige ao carrasco. Portanto, sua conduta não seria antinormativa, contrária à norma, mas de acordo, imposta por ela.

¹³ GRECO, op. cit., p. 123.

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, ou, de acordo com os doutrinadores alemães, a “criminalidade de bagatela” – *Bagatelledelikte* – remete, em sua forma mais significativa, ao continente europeu, a partir do século XX, devido às consequências causadas pelas duas grandes guerras mundiais. Os efeitos negativos provenientes desses grandes conflitos armados, tais como o desemprego e a falta de alimentos, juntamente com outros fatores, impactaram a população fazendo eclodir uma série de pequenos furtos, de relevância extremamente pequena.

Infere-se que a origem deste instituto está envolta pelo caráter de patrimonialidade de seu destino, em outras palavras, a existência de um dano ao patrimônio, de forma mínima, inexistindo a caracterização de um prejuízo considerável a outrem. Sendo assim, é tido como uma bagatela, e, desta forma, não há necessidade da tutela penal.

O princípio da insignificância passou a ser estudado com bastante ênfase e ganhou proporções muito grandes na década de 60 com os estudos de Claus Roxin, que propunha a exclusão da tipicidade material em crimes que não produzam significativas lesões a bens juridicamente tutelados. Aduzia também que, nos delitos bagatelares, não se fazia necessária a imposição de pena, portanto, o fato não era punível. Em suas palavras:

O Direito Penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito administrativo, o Direito Penal deve retirar-se (...) conseqüentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar.¹⁴

Ao fazer tais proposições, Roxin aponta ao operador do direito a importância de se analisar o princípio da insignificância, tendo fundamento na proporção da pena em relação à gravidade provocada pelo ilícito penal. Nos casos de desprezível perturbação ao bem jurídico, a substância do injusto é tão pequena que é insubsistente a busca da aplicação de sanção. Nesses casos a reprimenda penal leve ainda assim seria desproporcional ao fato.

¹⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico –penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.28.

Luiz Flávio Gomes apresenta uma conceituação para o princípio da insignificância que julga-se adequada para sintetizar essa discussão doutrinária e que será tomada como linha de raciocínio para a sequência do trabalho:

Conceito de Infração Bagatelar: infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante¹⁵.

2.1 – Natureza Jurídica

Tendo em vista o seguimento da discussão ora proposta, discorrer-se-á sucintamente sobre a natureza jurídica do instituto em causa.

Neste particular, importa notar que o Princípio da insignificância veio preencher uma lacuna no Direito Penal, cuja norma escrita não positiva sobre como o aplicador do Direito deve se portar em face de condutas que apresentam um ínfimo potencial ofensivo. Tem por objetivo, portanto, evitar a irregular aplicação da pena perante uma situação mínima.

Para o jurista Bitencourt¹⁶, o Princípio da Insignificância constitui Princípio Fundamental do Direito Penal e a fim de estabelecer uma base conceitual sólida e clara para sua aplicação, ele define os Princípios Fundamentais do Direito Penal como sendo garantias do cidadão perante o poder punitivo Estatal. Assim expõe:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5), tem a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p. 19.

¹⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 86.

2.2 – Vetores para o reconhecimento do Princípio da Insignificância

Devido à flagrante dificuldade de se aferir o grau de lesividade do comportamento no caso concreto, o STF, no afã de positivizar a questão bagatelar para servir de elemento norteador de casos semelhantes, adotou certos vetores para que o aplicador do direito possa reconhecer a insignificância de determinada conduta, quais sejam:

- a) mínima ofensividade da conduta: o agente deve atuar de maneira inofensiva, a conduta deve ser incapaz de causar ofensa à integridade física ou moral da vítima e/ou da sociedade;
- b) ausência de periculosidade social da ação: a atuação do agente deve ser de forma que não acarrete em perigo para os demais, sem violência ou grave ameaça;
- c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento: a insignificância só deve ser aplicada nos casos de crimes irrelevantes, que não causam repugnância na sociedade, crimes cuja reprovação seja mínima em virtude de sua infimidade;
- d) inexpressividade da lesão jurídica.

Esses vetores foram elencados pelo eminente Ministro e decano do STF, Celso de Mello, ao proferir decisão sobre o *Habeas Corpus* n.º 84.412-0/SP. Pela sua repercussão, esta tem sido tomada como decisão paradigma em âmbito jurisprudencial. Reproduz-se a seguir a ementa disponível no sítio eletrônico do STF:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TÍPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – TENTATIVA DE FURTO PRIVILEGIADO (CP, ART. 155, § 2º, C/C O ART. 14, II) – “RES FURTIVAE” NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 30,00 (EQUIVALENTE A 4,42% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOUTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que

produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

(HC 115246, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 25-06-2013 PUBLIC 26-06-2013)

O que se depreende do fato de tal decisão ter sido proferida em sede de *habeas corpus* é que a aplicação de tal princípio se faz, essencialmente, na análise de casos concretos e que esta exige, evidentemente, um filtro criterioso.

Para além, observa-se que o Min. Celso de Mello ratificou as formulações acerca do Princípio da insignificância, notadamente aquelas que dizem respeito à relação dele com a descaracterização da tipicidade material do crime.

Contudo, parece ser razoável examinar se o reconhecimento do Princípio da insignificância deve ser feito unicamente com base nesses vetores, ou se, juntamente com o nível da lesão, deve-se analisar, por exemplo, se as circunstâncias judiciais (a culpabilidade do agente, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, consequências, circunstâncias, entre outros) são favoráveis. É para isto que Paulo César Busato nos chama a atenção ao dizer que:

(...) a partir de tal julgado formou-se uma verdadeira rede de decisões, invariavelmente sem qualquer questionamento do próprio acórdão em si. É dizer, tais “vetores”, tanto para o próprio Supremo quanto para os demais Tribunais, passaram a serem vistos como portos seguros de hipóteses em que se mostraria devida a aplicação da regra da insignificância.

Se por um lado tal situação teria a vantagem de dar coerência à aplicação da regra em questão, por outro tem gerado uma verdadeira alienação de interpretação. Isto é, um engessamento que, não bastassem os riscos que por

si só representa, tem se mostrado equivocado, mormente quando se identifica incongruências dentro do próprio acórdão paradigmático¹⁷.

Uma vez apresentado o Princípio da insignificância, nos termos expostos nesta seção, bem como indicadas possíveis limitações da decisão paradigma, far-se-á, a continuação, uma exposição sobre a atualidade jurisprudencial relativa à aplicação deste princípio.

¹⁷ BUSATO, Paulo César. O desvalor da conduta como critério de Identificação da Insignificância para aplicação do Princípio de Intervenção Mínima. *Sequência*, n.62, jul. 2011, p. 106-107.

3. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de observarmos como se dá a aplicação desse princípio, parece oportuno explicitar como o marco teórico do funcionalismo de Roxin se faz presente na estruturação de nossos comentários sobre as decisões das Cortes Superiores de nosso país.

Desenvolvido a partir de 1970, com a obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, o funcionalismo rompe conceitualmente com o finalismo, na medida em que visa a superar as concepções meramente ontológicas daquela corrente. Com isso, Roxin redimensiona a incidência do Direito Penal, reduzindo o alargado alcance que a tipicidade formal lhe conferia até então. Se a missão do Direito Penal é proteger os valores essenciais à convivência social harmônica, a intervenção mínima deve nortear a sua aplicação, consagrando como típicos apenas os fatos materialmente relevantes. A teoria do delito deve ser reconstruída com lastro em critérios político-criminais.

Outra inovação central do sistema teleológico, na forma defendida por Roxin, constitui a ampliação da culpabilidade à categoria da responsabilidade: a culpabilidade como condição indispensável de toda a pena deve se relacionar sempre à necessidade preventiva, especial ou geral, da sanção penal, de tal modo que a culpabilidade e as necessidades de prevenção se limitam reciprocamente e, só conjuntamente, dão lugar a responsabilidade pessoal do sujeito, que desencadeia a imposição da pena.

Como se observa, para Roxin, um moderno sistema do direito penal há de estar estruturado teleologicamente, ou seja, há de ser construído atendendo a finalidades valorativas, sendo certo que essas finalidades que constituem o sistema do direito penal só podem ser do tipo político-criminal, já que naturalmente, os pressupostos da punibilidade não de orientar-se aos fins do direito penal.

Neste ponto, importante esclarecer que, para o autor, ao Direito Penal foi atribuída constitucionalmente a função de proteção subsidiária dos bens jurídicos, sendo estes entendidos como circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e para seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema. Com isso se quer dizer que os bens jurídicos são as condições essenciais para uma convivência pacífica e harmoniosa entre as pessoas, como a vida, a integridade corporal, a autonomia sexual etc. Quer dizer, ainda, que ao Estado não é permitido

criminalizar tudo, mas somente poderá proibir quando isso for necessário para a segurança e liberdade das pessoas. Daí porque a tarefa do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, é dizer: ele só pode interferir quando falhem outros meios de solução do problema.

Disso resultam duas consequências: uma de ordem legislativa e outra de ordem dogmática. De uma perspectiva político-criminal da legislação, a doutrina da proteção subsidiária dos bens jurídicos oferece ao legislador um critério sobre o que apenar e o que deixar impune. Se, por um lado, deve proteger, por exemplo, os direitos à vida e à liberdade, por outro deve excluir do seu campo de proteção às meras imoralidades e as simples contravenções.

Isto posto, cumpre referir uma vez mais que inexistente previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro acerca do Princípio da insignificância, muito embora seja possível dizer que o Art. 386, III do Código de Processo Penal, ao indicar como um dos pressupostos para a absolvição que o fato não constitua infração penal, sugere sua aplicação visto que excluída a tipicidade material não há que se falar em crime. A este respeito, cabe colocar em tela duas citações de renomados juristas brasileiros.

Segundo o autor Maurício Antônio Ribeiro Lopes¹⁸:

A conceituação de tal princípio efetivamente não se encontra na dogmática jurídica pois nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional define ou acata formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que aceitam limites para a interpretação das leis em geral. É a criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes do Direito.

Fernando Capez, por seu turno, aduz:

(...) 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. A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.¹⁹

Sendo, pois, matéria de caráter doutrinário, que não ocupou, por óbvio, a atenção dos legisladores, tem ficado a cargo da jurisprudência dos Tribunais Superiores

¹⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 46.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

a indicação, para os juristas, das situações cabíveis para aplicação do princípio. Neste sentido, e a fim de verificar a atualidade jurisprudencial, apresenta-se em comentário três decisões que foram levantadas junto aos repositórios jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

3.1 – Aplicação do Princípio pelo delegado de polícia.

No que se refere à invocação do princípio da insignificância em sede policial, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 154.949/MG (STJ, Rel. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 03.08.2010), se manifestou, conforme se verá na citação a seguir, no sentido de que o Delegado de Polícia, ao lhe ser apresentada uma situação de flagrância, deve, no estrito cumprimento do dever legal, proceder à autuação em flagrante, uma vez que cabe somente ao Poder Judiciário, a *posteriori*, a análise acerca da aplicação do princípio da insignificância, de acordo com o caso concreto.

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. IRRELEVÂNCIA PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RESISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE POSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE RESISTÊNCIA ANTE A ATIPICIDADE DA CONDUTA DE FURTO. IMPOSSIBILIDADE. ATO LEGAL DE AUTORIDADE.

I - No caso de furto, a verificação da relevância penal da conduta requer se faça distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, ex vi legis, implica eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade).

II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto.

III - In casu, imputa-se ao paciente o furto de dois sacos de cimento de 50 Kg, avaliados em R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais). Assim, é de se reconhecer, na espécie, a irrelevância penal da conduta.

IV - Ademais, a absolvição quanto ao crime de furto, tendo em vista a **aplicação do princípio da insignificância, não tem o condão de descaracterizar a legalidade da prisão em flagrante contra o paciente**. Na hipótese, encontra-se configurada a conduta típica do crime de resistência pela repulsão contra o ato de prisão, já que o paciente, por duas vezes após a captura e mediante violência, conseguiu escapar do domínio dos policiais, danificando, neste interregno, a viatura policial, fato este que o levou posteriormente a ser algemado e amarrado. Habeas corpus parcialmente concedido. (HC 154949 MG 2009/0231526-6 - QUINTA TURMA. Publicação: 23/08/2010. Julgamento 03/08/ 2010. Relator: Ministro FELIX FISCHER) (grifo meu)

A decisão prolatada pelo Min. Felix Fischer, demonstra que o Poder Judiciário avoca para si, exclusivamente, a avaliação dos casos em que se pode aplicar o princípio da insignificância, reservando à autoridade policial o papel de estrita cumpridora do seu dever legal. Isto pode vir a ser questionável do ponto de vista do abarrotamento do

judiciário, que compromete a eficiência da prestação jurisdicional emanada da Constituição Federal.

Este questionamento pode ser inferido, por exemplo, no Enunciado n.º 10 do Congresso de Delegados de Polícia do Rio de Janeiro, ocorrido em 2015. Vejamos:

ENUNCIADO Nº 10:

O Delegado de Polícia pode, mediante decisão fundamentada, deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, justificando o afastamento da tipicidade material com base no princípio da insignificância, sem prejuízo de eventual controle externo.²⁰

Cabe aqui enunciar algumas perguntas: se o Princípio da insignificância visa, justamente, a diminuição da intervenção do Direito Penal e se sua aplicação pela autoridade policial concorre, em tese, para este objetivo, por que não fazê-lo de imediato, ainda na fase pré-processual? Ao mesmo tempo, sobre que bases se assentaria tal decisão de um delegado se, do ponto de vista da força normativa, a Lei, bem como a jurisprudência firmada pelos Tribunais Superiores, possuem um calibre maior que um enunciado construído por uma associação de classe em âmbito estadual?

Todavia, não se pode perder de vista que, ainda que careça de amparo legal, caso essa prática indicada no Enunciado n.º 10 da ADEPOL-RJ venha a se tornar corriqueira, sendo observada, inclusive, em outras unidades da federação, ela poderá ser objeto de apreciação dos Tribunais Superiores vindo a culminar em uma mudança no atual entendimento.

Para os fins a que este trabalho se propõe, não resulta oportuno conjecturar sobre os futuros desdobramentos da questão. Porém, pareceu importante e necessário trazê-la à baila como indicação do quanto o princípio da insignificância ainda demanda debates no âmbito jurídico brasileiro.

3.2 – Aplicação do Princípio no crime de descaminho (Crime Tributário)

O descaminho – previsto no artigo 334 do Código Penal Brasileiro (CPB) – fala do não recolhimento do imposto devido pela importação ou exportação de mercadoria. Configura, portanto, um crime de outra natureza que, à primeira vista, não está diretamente relacionado ao contexto de pequenos furtos de valor bagatela que motivou Roxin a trazer o Princípio da insignificância ao Direito Penal.

²⁰ Disponível em: <http://adepolrj.com.br/Portal2/Noticias.asp?id=16546>. Acesso em: 26 out. 2018

Contudo, existe jurisprudência dos Tribunais Superiores favorável à aplicação do princípio, ainda que esta se mostre em manifesta desproporção se se compara os valores sonegados aos furtos de valor insignificante praticados, mormente, por pessoas das camadas populares.

Para além, existe uma divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal relativa ao valor que deve ser considerado para a avaliação da insignificância. O STF opera com um patamar de R\$ 20.000,00 previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda (HC 126191, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015), reproduzido abaixo:

EMENTA Habeas corpus. Penal. Descaminho (CP, art. 334). Pretensão à aplicação do princípio da insignificância. Incidência. Valor inferior ao estipulado pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Preenchimento dos requisitos necessários. Ordem concedida. 1. No crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00 previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. 2. Na espécie, **como a soma dos tributos que deixaram de ser recolhidos perfaz a quantia de R\$ 14.922,69, é de se afastar a tipicidade material do delito de descaminho, com base no princípio da insignificância**, já que o paciente, segundo os autos, preenche os requisitos subjetivos necessários ao reconhecimento da atipicidade de sua conduta. 3. Ordem concedida para restabelecer a sentença com que, em virtude do princípio da insignificância, se rejeitou a denúncia ofertada contra o paciente.

(HC 126191, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2015 PUBLIC 08-04-2015) (grifo meu)

Já para o STJ, o valor base para aplicação do referido princípio é de R\$ 10.000,00; conforme consta do Informativo n. 551, de 03 de dezembro de 2014, documento periódico que, embora não constitua repositório oficial da jurisprudência da referida Corte, reúne e divulga teses jurisprudenciais firmadas pelos órgãos julgadores do Tribunal:

DIREITO PENAL. PARÂMETRO PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE DESCAMINHO.

O valor de R\$ 20 mil fixado pela Portaria MF 75/2012 - empregado como critério para o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos inscritos na Dívida Ativa da União - não pode ser utilizado como parâmetro para fins de aplicação do princípio da insignificância aos crimes de descaminho. Inicialmente, importante ressaltar que o entendimento, tanto do STF quanto do STJ (REsp 1.112.748-

TO, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, DJe 13/10/2009), tem sido o de que incide o princípio da insignificância no crime de descaminho quando o valor dos tributos iludidos não ultrapassar o montante de R\$ 10 mil, valor este fixado pela Lei 10.522/2002 para servir como piso para arquivamento, sem baixa nos autos, de execuções fiscais. Mais recentemente, o Ministério da Fazenda editou a Portaria MF 75/2012, a qual elevou o valor de arquivamento para R\$ 20 mil. Desde então, o STF tem, em alguns de seus julgados, empregado o referido patamar para reconhecer a aplicação do princípio da insignificância ao descaminho, quando o valor dos tributos iludidos não ultrapassar o montante de R\$ 20 mil. Não obstante esse entendimento, importante analisar a validade formal da elevação do parâmetro pela Portaria MF 75/2012. Nesse passo, ressalte-se que, atualmente, com o advento da Lei 10.522/2002, o Ministro da Fazenda possui autonomia tão somente para estabelecer o cronograma, determinando as prioridades e as condições a serem obedecidas quando forem remetidos os débitos passíveis de inscrição em Dívida Ativa da União e cobrança judicial pela Procuradoria da Fazenda Nacional. **A lei não previu a competência para que o Ministro da Fazenda, por meio de portaria, altere o valor fixado como parâmetro para arquivamento de execução fiscal, sem baixa na distribuição. Com isso, a alteração do valor para arquivamento de execução fiscal só pode ser realizada por meio de lei, não sendo a referida portaria, portanto, meio normativo válido para esse fim.** Ademais, da leitura da aludida portaria, extrai-se que o valor foi estabelecido para orientar a ação em sede executivo-fiscal, com base apenas no custo benefício da operação; claramente, portanto, como uma opção de política econômico-fiscal. Em vista disso, importante ponderar: pode-se aceitar que o Poder Judiciário se veja limitado por parâmetro definido por autoridade do Poder Executivo, estabelecido unicamente por critérios de eficiência, economicidade, praticidade e as peculiaridades regionais e/ou do débito? Afigura-se inusitada a compreensão de que o Ministro da Fazenda, por meio de portaria, ao alterar o patamar de arquivamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Pública, determine o rumo da jurisdição criminal de outro Poder da República. Por fim, não há como aplicar os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal ao caso analisado. O caráter fragmentário orienta que o Direito Penal só pode intervir quando se trate de tutelar bens fundamentais e contra ofensas intoleráveis; já o caráter subsidiário significa que a norma penal exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais ramos do Direito não mais se mostrem eficazes na defesa dos bens jurídicos. Os referidos princípios penais ganhariam relevo se o atuar do Direito Administrativo eliminasse a lesão ao erário, e não na situação ora analisada, em que, por opção decorrente da confessada ineficiência da Procuradoria da Fazenda Nacional, queda-se inerte a Administração Pública quanto ao seu dever de cobrar judicialmente os tributos iludidos. REsp 1.393.317-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 12/11/2014. (grifos meus)

Percebe-se, ao analisar a jurisprudência supra, sobre a aplicabilidade do princípio ao crime de descaminho, uma falta de consenso acerca dos valores a serem observados, que se funda em um entendimento diverso entre as Cortes Superiores de qual a competência do Ministro da Fazenda para determinar “o rumo da jurisdição criminal de outro Poder da República”.

Para além, causa desconforto a total ausência de problematização quanto à proporção do delito e da punição dele decorrente, uma vez que, para retomar o exemplo dado na introdução, furtar cosméticos no valor de R\$ 24 não deveria ser analisado de forma similar à sonegação de R\$ 10.000,00, quiçá de R\$ 20.000,00. Principalmente quando se leva em conta a tradição secular brasileira de punir com rigor pequenos delitos cometidos pelo homem médio, ao passo que a justiça se mostra leniente com os chamados crimes “de colarinho branco”.

Isto aponta para um problema que pode residir no caráter doutrinário/jurisprudencial que subjaz à aplicação do Princípio da insignificância, que se faz, então, como decisão política refletora das relações de poder na sociedade. Criminalizar pequenos furtos em virtude de uma valoração cultural da sociedade é discrepante diante da caracterização de bagatela na sonegação de 20.000,00 mil reais no crime de descaminho. Escolhas político-criminais bem fundamentadas, estudadas e dialogadas a exaustão com especialistas e representantes da sociedade civil são essenciais para uma razoabilidade e proporcionalidade efetiva na prática penal com funções mais ressocializadoras, preventivas e educativas. Assim, resta evidente, mais uma vez, a necessidade de se debruçar sobre o tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, buscou-se apresentar ao leitor um panorama sobre o Princípio da insignificância ou da bagatela. Entendemos que é um labor que se justifica pela necessidade de ampliar o debate sobre o tema no Brasil.

Para tanto, partimos da apresentação da Teoria Geral do Crime, passando pela construção histórica do princípio da insignificância. Verificou-se que a doutrina buscou limpar as lentes do Direito Penal, fazendo com que ele deixe de se (pre)ocupar com questões irrelevantes, de forma a evitar que determinadas condutas sejam objeto de sua análise.

Ao longo da pesquisa empreendida foi possível notar que já estão estabelecidos, em nível jurisprudencial, critérios de aplicação do Princípio da Insignificância, que têm por base decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal, em que se enumeram os requisitos (ou vetores) indispensáveis que irão determinar ou não a possibilidade de seu reconhecimento, a saber: a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

De posse desse cabedal, passou-se, por fim, à apreciação de duas jurisprudências relativas à aplicação do Princípio em causa. Após avaliar a arquitetura jurídica das decisões, detectou-se que: [a] os vetores indicados pelo *habeas corpus* paradigma deveriam ser relativizados para um alcance mais razoável das situações fáticas. Ou seja, o grau de periculosidade social do furto de um xampu não deveria equivaler à sonegação de R\$ 20.000,00 com os prejuízos que ela causa ao erário e, conseqüentemente, a toda a população que depende da prestação estatal. [b] ainda com relação aos vetores acima descritos, cabe uma reflexão sobre o grau de reprovabilidade do comportamento envolvida nos casos abrangidos pelas duas jurisprudências sopesadas. Embora apresente maior identidade com o contexto que originou as discussões de Roxin, o furto de um xampu, ação cuja insignificância salta aos olhos, merece, da sociedade brasileira uma reprovação mais incisiva que os delitos de ordem tributária. [c] ao insistir na instrução processual consagrada nas Leis, destinando apenas ao momento da prolação da sentença a aplicação do princípio, o judiciário brasileiro

continua dando motivos para a morosidade da prestação jurisdicional. Além disso, considerando-se que os furtos de valor bagatelar, por sua própria natureza, são de fácil identificação, conduzindo muitas vezes a prisões em flagrante, com atuação do aparato policial e jurídico, se confirma uma tendência a punir o autor desse tipo de ação de forma imediata, provocando reflexos negativos para a pessoa, muitas vezes irreversíveis. Por outro lado, pela própria sistemática de apuração dos crimes tributários, que depende, em parte, de dados que o contribuinte informa ao fisco, resta excluída a possibilidade de prisão em flagrante e todos os seus desdobramentos.

Analisados tais aspectos, mostra-se notória a relevância da aplicação criteriosa e casuística do Princípio da Insignificância por todas as instâncias do Poder Judiciário. Neste sentido, pode-se tomar como provocação as palavras de Carlos Vico Mañas:

O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devem ser estranhos ao direito penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo.

Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade.

A concepção material do tipo, em consequência, é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal²¹.

Tem-se a esperança de haver exposto, neste trabalho, um princípio da seara penal que não está materializado na Lei, mas que deve ser trazido à baila em tempos ruidosos no Brasil para o Direito Penal diante da complexidade das relações sociais e do agravamento do sistema carcerário além do abarrotamento de processos e demandas no Judiciário. Tratar de assunto tão presente é encaixar melhor as peças do quebra-cabeça social em que vivemos e demonstra a evolução da sociedade na esfera social, no Direito e na resolução de seus conflitos ora complexos ora simples, porém importantes para a saúde do *corpus social*.

²¹ MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 53-54.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUSATO, Paulo César. O desvalor da conduta como critério de Identificação da Insignificância para aplicação do Princípio de Intervenção Mínima. *Sequência*, n.62, jul. 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

EMANUELE, Rodrigo Santos. Teorias da conduta no Direito Penal, 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3538/Teorias-da-conduta-no-Direito-Penal>. Acesso em: 16 out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. *Direito penal – Lições*. 2ª ed. Belo Horizonte: Praetorium, 2000.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal – parte geral*, v. I. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado - 15ª Ed.* - Rio de Janeiro: Forense 2015.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.