



XI. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O *JUS PUNIENDI* ESTATAL

THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE AND THE STATE *JUS PUNIENDI*

Chrislayne Aparecida Pereira de Figueiredo *

Elizio Lemes de Figueiredo**

Recebido em: 19/12/2017

Aprovado em: 20/12/2017

RESUMO: O exercício do *jus puniendi* estatal deve ser exercido nos limites do interesse da manutenção da paz social e da preservação do bem jurídico e tem como ponto de partida os valores axiológicos emanados da Constituição Federal. Alicerçada na metodologia de pesquisa bibliográfica, pautada em doutrinas jurídicas e em decisões dos Tribunais Pátrios, o presente trabalho tem como objetivo geral identificar o princípio da insignificância e sua relação com o *jus puniendi* do Estado. Em determinadas situações, sob o aspecto formal a conduta é típica e ilícita e esta conclusão está desconexa com a realidade material, cenário típico do princípio da insignificância. De início, tem-se o estudo do tipo legal e da tipicidade para delimitar o campo de atuação do princípio da insignificância. Na sequência, abordam-se os temas princípios penais e princípio da insignificância para compreender a extensão do conceito e sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. Ao final, o *jus puniendi* é o foco da atenção, para demonstrar a ação do princípio da insignificância na exclusão da tipicidade material da conduta.

PALAVRAS CHAVE: Insignificancia; Necessidade; *Jus puniendi*.

ABSTRACT: The exercise of the state *jus puniendi* must be exercised within the limits of the interest of maintaining social peace and preserving the juridical good and having as a starting point the axiological values emanating from the Federal Constitution. Based on the methodology of bibliographic research, based on legal doctrines and decisions of the Courts, the present work has as general objective to identify the principle of insignificance and its

* Doutoranda no programa de Doutorado da FADISP – SP; Mestra em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR; Especialista em “Direito Civil e Direito Processual Civil” pelo ATAME; Graduada em Direito pela UNED – Diamantino (MT); Professora da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT; Associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Associada ao Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil; Advogada.

** Doutorando no programa de Doutorado da FADISP – SP; Mestre em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR; Especialista em “Ciências Criminais com Ênfase em Direito Penal e em Processo Penal” pela Universidade de Cuiabá – UNIC; Graduado em Direito pela Universidade de Cuiabá – UNIC; Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT; Advogado.



relation with the *jus puniendi* of the State. In certain situations, the formal conduct is typical and illicit, and this conclusion is disconnected from material reality, a typical scenario of the principle of insignificance. At the outset, one has to study the legal and typical type to delimit the field of action of the principle of insignificance. In the sequence, the subjects are discussed penal principles and insignificance principle to understand the extension of the concept and its applicability in the Brazilian legal order. In the end, *jus puniendi* is the focus of attention, to demonstrate the action of the principle of insignificance to the exclusion of the material typicity of conduct.

KEY WORDS: Insignificance; Need; *Jus puniendi*.

INTRODUÇÃO

A simples ocorrência de um crime não impõe a obrigatoriedade de movimentação da máquina estatal em busca de uma retribuição do mal causado pela conduta incriminadora. A gravidade da conduta, o bem jurídico agredido, o interesse da vítima em casos restritos, são alguns dos fatores inibidores da automática atuação do Estado, no exercício do *jus puniendi*.

Para este momento, guarda interesse o princípio da insignificância e sua relação com o *jus puniendi* do Estado, pois, em muitos casos concretos haverá a prática da conduta tipificada penalmente e mesmo assim, não haverá repercussão para a seara penal, em face da ausência de qualquer risco jurídico e social.

1 O TIPO LEGAL E A TIPICIDADE

Tipo, em sentido *lato sensu*, pode ser definido como um modelo abstrato, um molde destinado a ser repetido por qualquer pessoa, a qualquer tempo e em inúmeras vezes. Para a seara penal, a tipificação da conduta é o instrumento hábil à atuação estatal de forma concreta, singular e específica, delimitando as condutas a serem evitadas para o bem e a paz social, estabelecendo a fronteira para a intervenção do Estado.

O Direito Penal tem em seu âmago o princípio da legalidade e este farol conduz à tipificação das condutas e aplicação da pena, caminhos a serem percorridos naturalmente com o emprego do tipo legal. Não podia ser diferente, na seara penal toda conduta ilícita deve ser tipificada.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Como última fronteira do controle social, o Direito Penal tem no tipo legal o instrumento de entrelaçamento entre o bem jurídico tutelado e a norma penal. Este papel atribuído ao tipo legal permite a aplicabilidade do Direito Penal de forma clara e precisa, em prol da manutenção da paz social. Os crimes são expressos pelo legislador pela técnica da tipificação, com a formatação do fazer ou não fazer pelas vias das normas incriminadoras, onde o preceito primário apresentará os elementos de composição do tipo legal, chamado de “elementares do tipo legal”.

Em atenção ao princípio *nullum crimen sine lege*, a vedação de determinada conduta e a sua cominação de pena deve, obrigatoriamente, valer-se da lei, onde será prescrita, de forma clara e objetiva, a conduta (omissiva ou comissiva) reprimida e a sua pena abstrata, surgindo o denominado tipo penal.

Com lastro no princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, da CF; art. 1º, do CP), o tipo legal de delito engendra uma série de funções: a) função seletiva – indica os comportamentos que são protegidos pela norma penal, que interessam ao Direito Penal; b) função de garantia e de determinação – diz respeito ao cumprimento do princípio da legalidade dos delitos e das penas, formal e materialmente, inclusive quanto ao requisito da taxatividade (*lex scripta, lex previsa, lex stricta e lex certa*). c) fundamento da ilicitude (ilicitude tipificada – uma ação atípica é lícita); d) função indiciária da ilicitude – é a tipicidade a *ratio cognoscendi* da ilicitude; f) delimitação do *iter criminis* – assinala o início e fim do processo executivo do crime; e g) função motivadora ou de determinação geral de condutas – “chamada de atenção” – diante dos cidadãos, destaca-se que uma conduta encontra desvalorada e proibida de modo geral sob ameaça de pena (por isso não deve ser realizada), e, assim, procura motivar ou determinar a todos no sentido de não ser praticada¹.

Em sentido estrito, o tipo penal consiste na descrição abstrata, na imagem, no modelo da conduta (omissiva ou comissiva) proibida pela norma jurídica penal. Com efeito, somente haverá a consumação do crime para as condutas compreendidas num tipo de injusto do Direito Penal.

Com a atenção voltada à estruturação jurídica do crime, Luiz Prado Regis defende o conceito analítico de crime como o concurso de uma conduta (ação ou omissão), típica, ilícita e culpável, à qual, em alguns casos, são agregados ainda outros dados, tais como eventuais

¹ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: vol II: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 374.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

condições objetivas de punibilidade, para só então falar-se de imposição de pena². Outros juristas brasileiros têm a concepção analítica de crime apenas como uma conduta típica e ilícita, com a exclusão da culpabilidade da formação do tipo legal e sua valoração como pressuposto para a aplicação da pena.

É possível uma tentativa de mediação entre as correntes doutrinárias, o conceito analítico de crime resume-se a fato típico e antijurídico. Como a punibilidade é força reinante no Direito Penal, sem a qual este ramo do Direito não se sustentaria, a punibilidade integra ao fato punível. Em suma, enquanto o crime conta com dois requisitos – fato típico e antijurídico, o fato punível é composto de três - fato formal e materialmente típico, antijurídico e ameaçado de pena³.

A respeito da estruturação analítica do crime, volta-se a atenção para o fato típico, onde a tipicidade é um dos elementos integrantes da conduta típica, campo de incidência do princípio da insignificância, com reflexo direto na aplicação ou não da pena.

Em uma simplória visão, na conceituação analítica do delito, tem-se a estruturação do crime em fato típico e antijurídico. Fato típico desdobra-se em conduta, nexos causal, resultado e tipicidade, ponto comum entre os doutrinadores pátrios, elemento essencial para a concepção de conduta típica.

Em linhas singelas, conduta é a ação ou omissão humana, praticada com dolo ou com culpa; nexos causal é liame ou vínculo entre a conduta e o resultado, sendo este o efeito da ação ou omissão humana.

A tipicidade é o ajuste entre fato e norma, com a subsunção das duas realidades, oportunidade em que as elementares da norma incriminadora abstrata são efetivamente praticadas pelo agente. É a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal⁴.

² PRADO, Luiz Régis. Op. cit., 2014. p. 68.

³ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOME, Luiz Flávio. **Direito penal: fundamentos e limites do direito penal**. 3. ed. ref. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 622.

⁴ CONDE, Francisco Munoz. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 41.



Com a tipicidade aquilo que era apenas uma previsão legal é efetivamente consumado em um crime, pela ação ou omissão humana, a abstração legal vira realidade. Para Miguel Reale⁵, em sentido filosófico e no contexto da teoria dos modelos, a tipicidade opera como elemento de mediação entre o nexó fato-valor e a solução representada pela norma jurídica.

Em muitas situações do cotidiano, a simples subsunção da norma ao fato pela via da tipicidade pode trazer resultados divorciados da realidade, criando um abismo entre fato e norma. Com efeito, há grande possibilidade da resposta trazida ao caso concreto aumentar o conflito alvo da pacificação pelas vias do Direito Penal.

Em situações pontuais, o legislador já prevendo a distorção a ser provocada pela simples subsunção da norma ao fato pela via da tipicidade, cria mecanismos de ajustes a serem considerados ao tempo da aplicação da pena, como ocorre com as causas de diminuição da pena. Um exemplo prático é o homicídio praticado nas circunstâncias descritas no Art. 121, § 1º, do Código Penal⁶, onde o agente será responsabilizado criminalmente por matar alguém, entretanto, o diálogo entre a norma penal e as circunstâncias do caso concreto permitirá a aplicação da pena até mesmo abaixo do mínimo legal.

Na perspectiva doutrinária, a tipicidade penal abrange a tipicidade formal e a tipicidade material. Com a tipicidade formal tem-se a subsunção do fato à norma, prestigia a conduta praticada pelo agente frente ao molde abstrato previsto na norma penal. Sob esta ótica há o ajustamento entre conduta, nexó causal e o resultado normativo.

Por outro lado, a tipicidade material é concebida sob dois juízos: a desaprovação da conduta e a desaprovação do resultado e, nos crimes dolosos mais um juízo, que é o da imputação subjetiva. Para que se tipifique algum 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

⁵ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 206.

⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 de abr. 2017. “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. § 2º [...]”.

se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado⁷. Em outras palavras, a conduta deve sempre apresentar algum perigo real para o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Rogério Greco⁸, ao analisar a conduta de um motorista de automóvel que, durante uma manobra imprudente, atinge a perna de um pedestre, causando-lhe um pequeno arranhão, fornece um exemplo bastante transparente acerca da importância da análise da tipicidade material quando da realização do juízo de tipicidade nos casos concretos:

Se analisarmos o fato, chegaremos à seguinte conclusão: a conduta foi culposa; houve um resultado; existe um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; há tipicidade formal, pois existe um tipo penal prevendo esse modelo abstrato de conduta. Ingressando no estudo da tipicidade conglobante, concluiremos, primeiramente, que a conduta praticada é antinormativa, haja vista não ser ela imposta ou fomentada pelo Estado. Contudo, quando iniciarmos o estudo da tipicidade material, verificaremos que, embora a nossa integridade física seja importante a ponto de ser protegida pelo Direito Penal, nem toda e qualquer lesão estará abrangida pelo tipo penal.

A análise dos fatos sob a ótica da tipicidade material não tem a pretensão de desviar o Direito Penal do seu caminho de tutor dos bens jurídicos, apenas permite o seu ingresso nos conflitos de efetiva agressão ou ameaça ao bem jurídico tutelado.

A realidade fática não permite olhar a tipicidade apenas pelas lentes da tipicidade formal, como a mera correspondência entre a conduta da vida real e o tipo legal de crime, a multiplicidade de possibilidades do comportamento humano não permite o engessamento da tipicidade neste único exercício lógico-jurídico. A conduta, para despertar interesse jurídico penal e ultrapassar as barreiras da tipicidade deve, em primeiro momento, ajustar-se a um tipo legal e depois, também ser materialmente lesiva a bens jurídicos.

2 PRINCÍPIO PENAL

Os princípios são normas jurídicas abstratas, com alto grau de generalidade e conteúdo subordinante para as demais normas, constituindo-se em mandamento nuclear de

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22.

⁸ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1. a 120 do CP)**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 159-160.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

um sistema, com a ponderação como instrumento de equalização de possível conflito principiológico. Celso Antônio Bandeira de Mello⁹ apresenta a seguinte lição sobre princípios:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dar sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes de um todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Para Luiz Regis Prado¹⁰, os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas – limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os Direitos Fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado Democrático e Social de Direito. Em síntese, servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.

Ao lado dos princípios, as regras são normas jurídicas fechadas em padrão único, com baixo grau de generalidade, suscetível de aplicação direta ao fato, via subsunção e em caso de conflitos, a solução ocorre pelos critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade. A importância da relação entre princípios e regras é destacada por Daniel Sarmento¹¹:

Os princípios são muito importantes, porque pela sua plasticidade conferem maior flexibilidade à Constituição, permitindo a ela que se adapte mais facilmente às mudanças que ocorrem na sociedade. Além disso, por estarem mais próximos dos valores, eles ancoram a Constituição no solo ético, abrindo-a para conteúdos morais substantivos. Por isso, seria inadmissível uma combinação baseada apenas em normas regras. [...] Sem embargo, também seria inviável uma Constituição que se fundasse apenas sobre princípios, pois esta carregaria ao sistema uma dose inaceitável de incerteza e insegurança, já que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluido e imprevisível do que a das regras. É indispensável que, ao lado dos

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 95.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. Op. cit, 2014. p. 160-161.

¹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 87-88.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

princípios, existam regras na Constituição, para que a abertura do sistema não destrua sua segurança e estabilidade.

A atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo de abertura do sistema jurídico. Eles funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural e, de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional¹². Dessa maneira, em termos práticos, o jurista deve buscar as soluções dos embates jurídicos em primeiro plano com a mente voltada aos princípios norteadores do imbróglio e interpretar e aplicar as regras em sintonia com os valores principiológicos mentalizados. José Joaquim Gomes Canotilho¹³ apresenta os critérios de distinção entre princípios e regras:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.
- c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (DWORKIN) ou na idéia de direito (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- f) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

O dinamismo dos princípios permite a leitura do Direito Penal conforme a atual Constituição Federal e não o caminho inverso, preservando-se os valores de dignidade da pessoa humana, missão precípua do Estado Democrático de Direito.

3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

¹² DIAS, Maria Berenice. Op.cit., 2013. p. 63.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra - Portugal: Almedina, 1999. p. 166-167.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

O princípio da insignificância tem na sua essência o brocardo latino *minimus non curat praetor* (o pretor não cuida de minudências) e foi concebido inicialmente pelo sistema jurídico cível e sua importância para a órbita penal é fruto dos estudos do jurista Claus Roxin¹⁴.

Sob os primados do princípio da insignificância, a irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância ou quando afete infimamente a um bem jurídico-penal¹⁵.

A intervenção mínima estatal impede o imiscuir em situações irrelevantes, reservando a sua força para os conflitos de importância destacada, todavia, não há uma nítida orientação legal para os pressupostos de admissibilidade da exclusão da tipicidade pelas vias da incidência dos valores axiológicos emanados do princípio da insignificância.

A vulnerabilidade legal é justificável, afinal, o que é insignificante? A valoração da insignificância marcada pelo subjetivismo trás riscos para a segurança jurídica, mas, ao mesmo tempo, não se justifica a ação estatal em situações concretas onde não há lesão suficiente para o reconhecimento do injusto penal. Luiz Regis Prado faz a seguinte observação¹⁶:

De qualquer modo, a restrição típica decorrente da aplicação do princípio da insignificância não deve operar com total falta de critérios, “ou derivar de interpretação meramente subjetiva do julgador, mas ao contrário há de ser resultado de uma análise acurada do caso em exame, com o emprego de um ou mais valores – v.g. mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada”, e, em determinados casos (furto/descaminho etc.) valoração socioeconômica média existente em certa sociedade, tidos como necessários à determinação do conteúdo insignificância.

Em linhas gerais, segundo o Superior Tribunal de Justiça, o princípio da insignificância propõe que se excluam do âmbito de incidência do Direito Penal nas situações

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., 2009. p. 21 e 22. “O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, partindo do velho adágio latino *minima non curat praetor*”.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 102-103.

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., 2014. p. 105-106.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

em que a ofensa concretamente perpetrada seja de pouca importância, ou seja, incapaz de atingir materialmente e de modo intolerável o bem jurídico protegido. Entretanto, a aplicação do mencionado postulado não é irrestrita, sendo imperiosa, na análise do relevo material da conduta, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada¹⁷.

O legado do princípio da insignificância pode ser encontrado na rica gama de decisões dos Tribunais Pátrios, onde é possível construir alguns critérios jurisprudenciais para a sua aplicabilidade fática e jurídica.

Algumas matérias já sedimentadas no Superior Tribunal de Justiça: Incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02¹⁸. No crime de contrabando, é imperioso afastar o princípio da insignificância, na medida em que o bem jurídico tutelado não tem caráter exclusivamente patrimonial, pois envolve a vontade estatal de controlar a entrada de determinado produto em prol da segurança e da saúde pública¹⁹; É possível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos ambientais quando demonstrada a ínfima ofensividade ao bem ambiental tutelado²⁰. Admite-se a incidência do princípio da insignificância nos processos relativos a atos infracionais praticados por crianças e adolescentes²¹; Em casos de reiteração da conduta delitiva, o princípio da insignificância não tem aplicabilidade, salvo, excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas do caso²².

O princípio da insignificância baseia-se na necessidade de lesão jurídica expressiva para a incidência do Direito Penal, afastando a tipicidade do delito em certas hipóteses em que, apesar de típica a conduta, ausente o dano juridicamente relevante. Sobre o tema, de

¹⁷ BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 351.309/RS. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgado em 16/08/2016.

¹⁸ BRASIL. STJ. Terceira Seção. REsp 1112748/TO. Relator Ministro Felix Fischer. Julgado em 09.09.2009.

¹⁹ BRASIL. STJ. Quinta Turma. AgRg no REsp 1479836/RS. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 18.08.2016.

²⁰ BRASIL. STJ. Quinta Turma. AgRg no AREsp 901.961/RS. Relator Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Julgado em 18/08/2016.

²¹ BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 357.845/SC. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 16/08/2016.

²² BRASIL. STJ. Quinta Turma. HC 357.124/RJ. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 16/08/2016.

maneira meramente indicativa e não vinculante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial²³.

O caso concreto e suas nuances deve ser apreciado com as reservas inerentes à segurança jurídica e à pacificação social, assim, inexistente uma regra rígida e formatada para a incidência do princípio da insignificância.

O certo é que a sua aplicação deve restringir-se aos casos de mínima ofensividade jurídica, ainda que alguns defendam a sua incidência em crimes como o roubo, como lecionam Guilherme de Souza Nucci²⁴ e Danielle Martins Cardoso²⁵.

Com todos os embargos necessários, não se revela insignificante a ocorrência de crimes complexos, como no roubo, onde a agressão não se reveste apenas do viés patrimonial, em muitos casos, o revés da violência psicológica ultrapassa as barreiras patrimoniais, com imensuráveis efeitos danosos para a vida da vítima. Faz parte do rol dos Direitos Fundamentais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e as estes bens jurídicos recaem os interesses penais, admitindo-se o afastamento da proteção estatal apenas nos limites extremos da inofensividade jurídica²⁶.

A aplicação do princípio não pode ser mais uma bandeira de impunidade, com aplicação sem critérios, como nos caso de condutas reiteradas ou nos crimes complexos. O caso concreto e suas circunstâncias é que deve ser analisado com a prudência necessária e excluir a tipicidade nos casos efetivamente recomendáveis.

²³ BRASIL. STJ. Quinta Turma. HC 358.604/RS. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 09/08/2016.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book. . p. 171.

²⁵ CARDOSO, Danielle Martins. Roubo e insignificância penal. In: **Direito penal - reinterpretação à luz da constituição: questões polêmicas**. São Paulo: Elsevier, 2009. p. 182. "Após breve estudo do delito de roubo, dos bens jurídicos tutelados, quando das sanções do artigo, do princípio da insignificância e sua aplicação pelo ordenamento jurídico pátrio, bem como sua compossibilidade com praticamente todos os delitos, quando a conduta nem sequer tangencia o bem ou o interesse objeto de tutela, entendemos aberto o caminho para a efetivação da principiologia constitucional, expressa pelos princípios previstos na Carta de f 988, sobremaneira legalidade, individualização, proporcionalidade, culpabilidade, direito penal mínimo. De nada adianta o discurso acadêmico se, na prática, não existe coragem suficiente para a efetivação de valores humanistas reclamados desde o século passado".

²⁶ NUCCI, Guilherme De Souza. Op. cit., 2015. p. 173. "De nada resolve materializar uma pena privativa de liberdade de um ano de reclusão, associada à multa, a um autor de furto simples, quando se trata de pessoa primária, sem antecedentes e nenhum relevo negativo em sua conduta social, tratando-se de coisa sem *expressivo* valor".



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Luiz Flávio Gomes²⁷ questiona, mas ficaria impune o autor do fato reconhecido como insignificante? O mesmo autor responde negativamente apresenta a seguinte justificativa:

O fato insignificante não constitui um ilícito penal, mas é um ilícito. Deve recair sobre seu autor todas as sanções cabíveis: civis (indenização), trabalhistas (despedida do empregado, quando o caso), sociais (admoestação), administrativas etc. O que não se justifica é a aplicação do Direito penal (em fatos absolutamente destituídos de significado penal). Não podemos utilizar um canhão para matar um passarinho!).

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 social²⁸. Em sintonia com esta premissa, o campo de atuação do princípio da insignificância é na exclusão da tipicidade material, o fato insignificante é formalmente típico, em face do ajustamento à norma penal abstratamente considerada. Entretanto, na medida em que não há uma lesão significativa ao bem jurídico tutelado, exclui-se o fato da órbita jurídica penal.

4 O *JUS PUNIENDI* ESTATAL

A prática de uma conduta tipificada na seara penal coloca em terrenos opostos o Estado e o réu. Neste cenário, de um lado, o Estado com o Direito subjetivo ao exercício do *jus puniendi* e de outro lado, o réu, hipossuficiente da relação e destinatário do ordenamento jurídico penal, munido do Direito subjetivo de defesa em prol de seu *jus libertatis*.

Desde logo, percebe-se a ausência de poder ilimitado para as duas partes do embate jurídico e norteado pelos valores axiológicos emanados do Estado Democrático de Direito, o incondicional apego aos Direitos Fundamentais será o fiel da balança para satisfação dos Direitos subjetivos conflitantes, oportunizando as partes os mesmos Direitos, ônus e bônus da

²⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 32.

²⁸ BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 84412 / SP - São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento: 19.10.2004. DJ 19.11.2004.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

persecução criminal e neste ponto, o devido processo legal é o caminho a ser trilhado em prol da pacificação social.

Segundo Guilherme de Souza Nucci²⁹, o devido processo legal apresenta-se sob dois importantes prismas. Para o Estado, cria-se um espectro de garantias fundamentais para que apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção. Enquanto para o réu oportuniza o Direito de produzir sua defesa ao sabor dos seus interesses, bem como assegura a atuação do Judiciário imparcial e independente.

O controle social é exercido por vários setores, como a família, a semente da sociedade³⁰, a religião, as sociedades civis e todas atuam sob a batuta do Estado e este somente é conclamado a atuar, especificamente na seara penal, quando a conduta agride de forma relevante o bem jurídico tutelado. Segundo Claus Roxin³¹, o Direito Penal deve garantir uma convivência pacífica e livre na sociedade. Não destoia a lição de Antonio Garcia-Pablos de Molina³²:

O controle social formalizado tem condições de orientar todos os implicados no conflito criminal de forma objetiva e desapassionada; distancia o infrator da sua vítima, estruturando seus âmbitos de atuação, seus papéis e expectativas, articula opções realistas em função do tipo de conflito e da posição do agente, com independência do seu poder social, protegendo inclusive o mais débil; e abre possibilidade efetiva de solução do conflito prescrevendo as ações que cada um pode praticar.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., 2015. E-book.

³⁰ LIMA, Alceu Amoroso. **A família no mundo moderno**. Rio de Janeiro: Agir, 1960. p. 26. Apud OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 20. “A família não é um fruto da sociedade. É a semente da sociedade. [...] Há, pois uma subordinação global da sociedade inteira e de todos os grupos e membros componentes à família, por ser o grupo fundamental, o grupo inicial, o grupo medida de todos os grupos. Todos os demais grupos sociais – a escola, a empresa econômica, a nação e o Estado, a comunidade internacional, a própria igreja [...], todos dependem da família, pois é esta que lhes fornece o elemento sem o qual nenhum deles existiria: o homem”.

³¹ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Tradução de RIVERO, Carmen Gómez; CANTIZANO, María del Carmen García. Valência – Espanha: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 59. “Si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una convivencia pacífica y libre en la sociedad, algo que no puede cuestionarse con seriedad, las teorías de la pena determinan el camino con el que puede conseguirse esa meta: mediante la influencia en el delincuente individual (prevención especial) o sobre todos los miembros de la comunidad (prevención general), y mejor aún, mediante ambos a la vez”.

³² MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOME, Luiz Flávio. Op. cit., 2012. p.225.

Neste ponto cabe frisar, o interesse penal é reservado apenas para aquelas condutas dotadas de riscos para os fins do ordenamento jurídico penal, como leciona Luiz Regis Prado³³:

A função primordial desse ramo da ordem jurídica radica na proteção de bens jurídico-penais – bens do Direito – essenciais ao indivíduo e à comunidade. Nessa missão, não intervém de modo exclusivo, mas sim em conjunto com outras instituições sociais e estatais. Entretanto, o que o caracteriza especialmente é a forma como leva a cabo sua função de bens jurídicos, sobretudo diante das infrações penais mais graves.

A atuação do estado no controle social é a face expressiva do *jus puniendi*, o monopólio estatal compreende a elaboração das normas penais, estruturando o denominado Direito objetivo, também conhecido como *ius poenale*, neste momento, o Direito do Estado restringe-se à faculdade de editar as normas penais; a aplicação do fruto legislativo; e ao final da persecução criminal, a execução da sentença condenatória, sempre atenta aos primados emanados do devido processo legal, salvaguardado pelos Direitos Fundamentais.

Fernando da Costa Tourinho Filho³⁴ apresenta a seguinte definição de *jus puniendi*:

O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado como uma das expressões mais características de sua soberania. Observe-se, contudo, que o *jus puniendi* existe *in abstracto* e *in concreto*. Com efeito. Quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, surge o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Surge, assim, com a prática da infração penal, a ‘pretensão punitiva’. Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a inflicção da pena.

Em linhas mais restritivas, em sentido subjetivo, *jus puniendi* diz respeito ao direito de punir do Estado (princípio da soberania), correspondente à sua exclusiva faculdade de impor sanção criminal diante da prática do delito³⁵.

³³ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: vol I: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 62-63.

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 20. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. p.13.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

A Constituição Federal de 1988 apresenta uma gama de princípios limitadores do *jus puniendi* e esta constitucionalização é vital para sustentar o perfil jurídico-constitucional adotado pelo Brasil, ou seja, Estado Democrático de Direito. Sob este prisma, impensável a convivência contemporânea sob as regras da “Lei de Talião”, já se foi o tempo do “olho por olho” ou “dente por dente”, especialmente pela necessidade da leitura do ordenamento jurídico penal sob as lentes da dignidade da pessoa humana.

O Constitucionalismo dos nossos dias, bem assim como a ordem internacional caminham no sentido de valorização e quase prevalência dos Direitos Fundamentais, centrando suas preocupações e atenções na condição e na dignidade do ser humano erigido como valor em si, ao lado disso e por isso mesmo, ganha relevo a acentuação de identificar a presença da função social em universo cada vez maior das relações sociais, cada vez menos tais coisas existem e acontecem para si, porque, inegável é que todas elas, de alguma forma e em algum grau, refletem em outros³⁶.

Na relação e leitura da soberania, *jus puniendi* e *jus libertatis* tem como marco inicial a Constituição Federal, qualquer pensamento adverso possivelmente negará os valores axiológicos da dignidade da pessoa humana. Penas cruéis e desumanas extrapolam o poder punitivo estatal, mas, ao mesmo tempo, a impunidade, de certa forma, acaba estimulando a banalização da violência, em flagrante excesso do exercício do *jus libertatis*.

É preciso promover ações para o equilíbrio social, a própria Constituição Federal não permite as penas cruéis e desumanas, na redação do seu Art. 5º, inciso XLVII³⁷ e apresenta uma gama de princípios norteadores da seara penal, merecendo a lembrança os princípios da legalidade, do juiz natural, da individualização da pena, da presunção da inocência, da intervenção mínima, da irretroatividade da lei penal.

³⁵ PRADO, Luiz Regis. Op. cit, 2014. p. 63.

³⁶ JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro. A constitucionalização do Direito: uma função social do direito. In: _____; _____(Org.). **A constitucionalização do Direito: seus reflexos e o acesso à justiça**. Birigui: Boreal, 2015. p. 91.

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 de jan. 2017. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; [...]”.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

A relação entre o princípio da insignificância e o *jus puniendi* do Estado situa-se no campo da tipicidade, apesar do silêncio a respeito da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, a sua admissibilidade foi construída e solidificada nas lições doutrinárias e aplicações reiteradas pelos Tribunais Pátrios.

Olhar um determinado fato somente sob o aspecto formal é um risco para o papel jurídico exercido pelo Direito Penal, em determinadas situações, a conduta amolda-se às elementares do ilícito penal e apresenta-se como típica e antijurídica, mas, insuficiente para atingir a incolumidade do bem jurídico.

No exemplo do furto de um par de chinelos, com a *res furtiva* avaliada em módicos R\$ 10,00, a conduta ajusta-se ao tipo legal estampado no Art. 155, do Código Penal e foi praticada a título de dolo. Sob o prisma da tipicidade formal irrepreensível o enquadramento da conduta, neste caso, o princípio da insignificância permite ao magistrado, atento às circunstâncias do caso concreto, excluir a sua tipicidade, em face da inexpressividade da agressão ao bem jurídico patrimônio.

Não faz sentido o Estado mostrar o peso da mão do Estado-juiz em uma sentença condenatória divorciada da realidade fática, certamente a pena terá a marca indesejável da iniquidade, em face da ausência de justa causa para a resposta Estatal. No entanto, é preciso atenção às circunstâncias do caso concreto, para não transformar o princípio da insignificância em mais um estímulo à reiteração das condutas ilícitas. Discricionariedade, razoabilidade, equilíbrio e bom senso são elementos essenciais na aplicação do princípio da insignificância e delimitar o campo de atuação do Direito Penal, no diálogo entre a realidade fática e a ordem jurídica.

CONCLUSÃO

Na seara penal, a proteção ao bem jurídico é exteriorizada pelo tipo legal, corolário do princípio da legalidade, aonde vem descrito abstratamente o fato ilícito e cominado à sanção penal aplicável ao agente infrator. De seu turno, a tipicidade é a subsunção ou adequação do fato ao modelo previsto no tipo legal. É um predicado, um atributo da ação, que



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

o considera típica (juízo de tipicidade positivo) ou atípica (juízo de tipicidade negativo)³⁸. Como se vê, a tipicidade é a valoração jurídico-penal da conduta e constatado o juízo de tipicidade positivo, conclui-se pelo reconhecimento do fato típico.

Com a incidência do princípio da insignificância, a conduta é ilícita, ante a existência de um preceito primário com a descrição das elementares incriminadoras, a culpabilidade do agente não chega a ser perquirida, em face da exclusão da tipicidade da conduta.

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, reunidos em único cenário delituoso culminam com a exclusão do interesse penal devido à ausência da tipicidade material, elemento constitutivo do fato típico.

A atuação estatal não é automática na ocorrência das condutas tidas como incriminadoras, o Direito Penal é a última barreira de proteção dos bens jurídicos e sua movimentação é justificável apenas nos casos de efetiva necessidade. A bilateralidade de *jus puniendi* do Estado e a preservação do *status libertatis* do indivíduo norteadas pelo princípio da insignificância impõe a ação estatal nos limites da proteção do bem jurídico, quando não haja alternativa jurídica aplicável ao caso e única resposta plausível é olhar os fatos sob a ótica do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral: vol I**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 de jan. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 de abr. 2017.

³⁸ PRADO, Luiz Regis. Op. cit, 2014. p. 374.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

_____. STF. Segunda Turma. HC 84412 / SP - São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento: 19.10.2004. DJ 19.11.2004.

_____. STJ. Sexta Turma. HC 351.309/RS. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgado em 16/08/2016.

_____. STJ. Terceira Seção. REsp 1112748/TO. Relator Ministro Felix Fischier. Julgado em 09.09.2009.

_____. STJ. Quinta Turma. AgRg no REsp 1479836/RS. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 18.08.2016.

_____. STJ. Quinta Turma. AgRg no AREsp 901.961/RS. Relator Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Julgado em 18/08/2016.

_____. STJ. Sexta Turma. HC 357.845/SC. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 16/08/2016.

_____. STJ. Quinta Turma. HC 357.124/RJ. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 16/08/2016.

_____. STJ. Quinta Turma. HC 358.604/RS. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 09/08/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra - Portugal: Almedina, 1999.

CARDOSO, Danielle Martins. Roubo e insignificância penal. *In: Direito penal - reinterpretção à luz da Constituição: questões polêmicas*. São Paulo: Elsevier, 2009.

CONDE, Francisco Munoz. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1. a 120 do CP)**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro. A constitucionalização do Direito: uma função social do direito. *In: _____; _____ (Org.). A constitucionalização do Direito: seus reflexos e o acesso à justiça*. Birigui: Boreal, 2015.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOME, Luiz Flávio. **Direito penal: fundamentos e limites do direito penal**. 3. ed. ref. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Tratado de direito penal brasileiro: vol I: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Tratado de direito penal brasileiro: vol II: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Tradução de RIVERO, Carmen Gómez; CANTIZANO, María del Carmen García. Valência – Espanha: Tirant Lo Blanch, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 20. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.