

A ATIPICIDADE PENAL E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Guilherme Banterli

Priscilla Guimarães Cornélio

Sávio Belineli

Resumo

O presente artigo pretende se debruçar na persecução penal para estabelecer os limites da sua atuação e concluir acerca da possibilidade da verificação da tipicidade material de uma conduta a partir do reconhecimento do princípio da insignificância. O estudo pretende examinar os fundamentos que sustentam os dois pontos de vista contrapostos, com o objetivo de demonstrar a prevalência daqueles que admitem a aplicação do princípio da insignificância.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Direito Penal

Abstract

This article intends to focus on criminal prosecution to establish the limits of its performance and conclude about the possibility of verifying the material typicality of a conduct based on the recognition of the principle of insignificance. The study intends to examine the foundations that support the two opposed points of view, with the objective of demonstrating the prevalence of those who admit the application of the principle of insignificance.

Keywords: Criminal Procedural Law; criminal law

Introdução

O Direito Penal só pode ser chamado a intervir quando estritamente necessário, tutelando os bens jurídicos mais relevantes para o convívio em sociedade, quando outros ramos do direito não forem aptos a realizar a devida proteção. Nessa senda, emerge o princípio da insignificância, inserido na esfera

qualitativa do postulado da lesividade, para afastar a tipicidade material (SANTOS, 2008).

Embora configure um princípio que não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, seu reconhecimento decorre da própria lógica do sistema, conforme entendimento já uníssono da doutrina e também da jurisprudência dos Tribunais Superiores, que entendem não ser o bastante o enquadramento da conduta a descrição do tipo penal, mas imprescindível que o jurista perquiria também a presença da tipicidade material (HC 119.778).

Assim, não se mostra proporcional e razoável, o acionamento do aparato estatal para averiguar um fato sem relevância típica, notadamente em face do grau de violência inerente a solução punitiva pela esfera penal. Igualmente, a investigação preliminar, consubstanciada no inquérito policial, por já consubstanciar uma ingerência ao *status dignitatis* do investigado (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2010), carece de justa causa para motivar o procedimento, sob pena de constrangimento ilegal a permitir, inclusive, o trancamento do inquérito policial (HC 197.530).

Sob esse prisma, não há que se falar em instauração de inquérito policial, tampouco lavratura do auto prisão em flagrante diante de um fato insignificante, razão pela qual a doutrina moderna sustenta a possibilidade de que o delegado de polícia aplique o princípio da insignificância (MASSON, 2013). Há, inclusive, quem vá além, reputando não como uma possibilidade, mas como um dever dessa autoridade analisar os fatos de acordo com o postulado, uma vez que lhe compete a atuação como filtro de potencial irracionalidade do sistema penal (KHALED, 2014).

Porém, se a reserva do Direito Penal apenas para os comportamentos que produzam lesões significantes aos objetos tutelados pela norma, segundo a ótica garantista que confere a legitimidade a persecução penal, seja uma compreensão conforme na doutrina e jurisprudência, o mesmo não se pode dizer acerca da possibilidade de que o juízo de relevância seja realizado em sede preliminar, afastando a intervenção penal desde a sua origem, no âmbito do inquérito policial. Isso porque, parte da doutrina sustenta o caráter unidirecional do procedimento, que se destina apenas a fornecer substrato informativo ao titular da ação penal, sendo a função da Polícia Judiciária de caráter estritamente investigativo e, o delegado de policial, uma autoridade administrativa a qual não é conferida a prerrogativa de emitir qualquer juízo de valor (RANGEL, 2015).

1. Conceito

O Direito Penal é visto como a última ratio, ou seja, apenas é chamado a atuar em última instância, protegendo somente aqueles bens jurídicos considerados os mais relevantes para a vida em sociedade contra ofensas intoleráveis, e apenas quando as demais esferas do direito não forem capazes de tutelá-los, levando em conta que representa a mais gravosa das respostas do Estado. Logo, esse ramo do direito só pode ir até o limite estritamente necessário para a proteção do bem jurídico, não devendo se preocupar com bagatelas, razão pela qual o fato penalmente insignificante deve ser excluído da tipicidade penal (TOLEDO, 1994).

A aplicação da insignificância encontra respaldo também nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Esses, por sua vez, restringem a tipicidade penal somente às ações que sejam de gravidade relevante. Isso pois, ao mesmo tempo em que se exige a proteção eficiente do Direito Penal, é proibido o excesso de criminalização. Nesse sentido, as condutas ou ataques ao bem jurídico tidas como irrelevantes, não ensejam a intervenção penal, figurando como desproporcional a sua incidência nesses casos. Ademais, a solução punitivista importa em um grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade, de modo que, além da limitação de seu uso, impõe-se, na circunstância em que se lance mão dela, a redução, ao mínimo, de sua irracionalidade (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2010).

Diante dessa concepção, a doutrina sustenta que o fato insignificante, reserva-se a outras áreas do Direito, tais como civil, administrativo e trabalhista, referenciando, novamente, a noção da subsidiariedade do direito penal (GOMES, 2009).

Tem-se em vista que a pena deve ser adequada à situação concreta, não podendo ser superior a efetiva responsabilidade pela prática do fato, ou seja, a pena deve ser estabelecida de acordo com a culpabilidade do agente. Atenta-se, ainda, ao princípio da lesividade afeto à esfera penal, que exige a verificação de um dano ou perigo concreto para suscitar a tutela deste ramo do direito.

Nesse contexto, embora inexista previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da insignificância há tempos se mostra consolidado na doutrina pátria que, atualmente, o conceitua de forma coesa e harmônica. Sobre o tema o doutrinador Cézaro Roberto Bitencourt, dispõe:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. (...) é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob ponto de vista formal, não apresenta nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado (BITENCOURT, 2016, p. 60).

Nesse contexto, enquanto a intervenção mínima no Poder Judiciário incide de forma mediata, como recurso necessário para sistematizar o Direito Penal, a insignificância é utilizada de forma imediata, para determinar a existência do crime diante da tipicidade material e da ilicitude concreta (LOPES, 1997).

Ademais, a superada objeção ao princípio da insignificância, pautada na ausência de recepção pelo ordenamento jurídico é afastada tendo em vista a própria correlação entre ele e o princípio da legalidade:

Uma das relações mais importantes que trava o princípio da insignificância é com o princípio da legalidade. São três os aspectos mais importantes dessa correlação. Os traços conjuntivos entre o princípio da insignificância e a ideia de tipicidade que deriva do princípio da legalidade; os traços relativos à insignificância e o *nullum crimen* e seus reflexos; e o elemento crítico que dá a insignificância uma extralegalidade sistêmica (LOPES, 1997, p. 66).

É certo que os princípios podem estar expressos ou implícitos no ordenamento, mas derivados daqueles positivados nas normas e decorrentes de interpretação sistemática de certos dispositivos. E, estando implícito, não há como deixar de abordar o princípio da insignificância sob o viés da dignidade da pessoa humana, enquanto axioma regente de todo o sistema de leis, sob o prisma do Estado Democrático de Direito, e que deve incidir como pressuposto norteador aplicável a todas as ciências criminais (NUCCI, 2017).

2. Causa excludente de tipicidade material

O princípio da insignificância se preocupa com o grau de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, analisando quando será considerado suficiente para configurar o injusto penal. O postulado da bagatela é reconhecido como causa excludente de tipicidade material na medida em que, utilizando-se de critérios

razoáveis, desconsidera um fato como criminoso por considerá-lo irrelevante e sem reprovabilidade.

Como se sabe, o fato típico possui como seus elementos a conduta, o resultado, o nexa causal e a tipicidade penal. Este último elemento, para a Teoria Constitucionalista do Direito, engloba a tipicidade formal e a tipicidade material. Enquanto aquela se refere à subsunção do ato praticado pelo agente ao tipo penal previsto na lei, tendo em vista a conduta, o resultado e o nexa de causalidade em caráter abstrato, esta compreende o juízo de desaprovação da conduta e do resultado. O fato insignificante, portanto, é formalmente típico, contudo, diante da inexistência de lesão significativa ao bem jurídico tutelado pela norma, entende-se que não há tipicidade no sentido material.

Nesse ponto, cumpre registrar que, embora o fato atípico, por efeito do reconhecimento da insignificância, não consista em ilícito penal, poderá constituir ilícito em outros ramos do Direito, repercutindo na responsabilidade do agente infrator. No âmbito civil, administrativo, entre outros, o bem jurídico poderá, portanto, ser tutelado de forma mais eficaz, com a respectiva repressão do autor da conduta considerada de algum modo reprovável.

3. Ótica jurisprudencial

Como na doutrina majoritária, a jurisprudência sedimenta a aplicabilidade do princípio da insignificância, de modo que os Tribunais Superiores estabelecem requisitos para a sua incidência. Isso, pois, a mera verificação do ínfimo valor patrimonial do objeto material atingido não é suficiente para afastar a tipicidade da conduta que se enquadra na legislação criminal. Faz-se necessária análise casuística, de modo a verificar a ocorrência de requisitos de caráter objetivo e subjetivo aptos a descaracterizar o ilícito penal.

Conforme se manifestou o Supremo Tribunal Federal em 2004, no julgamento do habeas corpus 84412, para o reconhecimento do referido princípio é preciso que se verifique: a) a mínima ofensividade da conduta; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica. Essas são as premissas objetivas, de caráter cumulativo, que servem de parâmetro para a verificação quanto à aplicabilidade da causa excludente de tipicidade.

Ademais, os critérios fixados pelo Supremo Tribunal Federal carecem de valoração do magistrado, estando vinculados à noção de que o juiz não está adstrito aos parâmetros abstratos da lei, mas sim aos interesses e particularidades da situação concreta. É necessário, portanto, atentar-se as circunstâncias do caso, tais como as condições da vítima e do agente, bem como o contexto dos fatos. Nesse viés, leva-se em conta, por exemplo, a importância do bem para a vítima e a sua condição econômica, o que configura os requisitos de caráter subjetivo, também necessários para a determinação da tipicidade material da ação.

Portanto, uma vez verificados os critérios descritos acima em um caso concreto, a doutrina e jurisprudência entendem que deve ser aplicado o princípio da insignificância para evitar a condenação de um indivíduo que, embora tenha provocado lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito, não causou um dano com relevância o bastante para justificar a imposição de uma sanção penal.

Na prática jurisprudencial, a análise subjetiva dos tribunais quanto à verificabilidade dos pressupostos tem repercutido em parâmetros de admissão distintos. As características do caso concreto e a formação ideológica do magistrado é que determinam a qualificação daquilo que é insignificante ou não. Nesse contexto, juízes adeptos a ideologia punitivista da segurança aplicam o postulado restritivamente, enquanto julgadores que defendem uma ideologia humanista da equidade tendem a permitir a maior incidência do mesmo postulado (GOMES, 2013, p. 158).

Para ilustrar esse contexto, cumpre destacar alguns entendimentos dos Tribunais Superiores no que tange a possibilidade ou não de reconhecer a insignificância de certas espécies de delitos.

O Superior Tribunal de Justiça admite a aplicação ao réu portador de maus antecedentes ou reincidente (REsp 1721018/MG), desde que não seja considerado um criminoso contumaz. No entanto, veda a aplicação aos delitos contra a Administração Pública (SUM 599 e AgRg no REsp 1560328/SP), o que inclui o crime de contrabando (HC 131205/MG), embora possua precedente aplicando o postulado ao ato de importação de medicamentos para uso pessoal em pequena quantidade (AgRg no REsp 1500691). Ademais, permite a incidência no crime de descaminho, sendo que, a princípio, reconhecia a insignificância caso o valor do imposto federal recolhido fosse inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais) (AgRg no REsp 1350606/RS), mas o entendimento foi revisto para determinação do valor de R\$20.000,00 (REsp

1709029). De igual modo ocorre no crime de apropriação indébita previdenciária, em que se utiliza o mesmo limite de valor (AgRg no AREsp 627904/CE). Por fim, embora prevaleça a inaplicabilidade em crimes de perigo abstrato, admite em certos delitos ambientais, incluindo a pesca em local proibido (RHC 71380/SC).

Já o Supremo Tribunal Federal embora, em sua maioria, vede a incidência nos casos de agente reincidente (HC 147215 AgR/MG), já reconheceu a aplicação do princípio quando a reincidência decorre de crime que tutela bem jurídico distinto, conforme a denominada teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos (HC 114723/MG). Além disso, não admite para o crime de contrabando (RE 821108 AgR/PR), mas aplica ao de descaminho com base no limite de R\$20.000,00 (vinte mil reais) (HC 136958/RS), reconhecido em oportunidades anteriores à revisão realizada no âmbito do STJ, bem como outros delitos contra a Administração Pública, a partir da premissa da análise casuística (HC 112388/SP). Ademais, embora já tenha negado aplicabilidade outrora, atualmente permite o reconhecimento da insignificância em crimes de perigo abstrato (HC 154390/SC).

Considerações Finais

Em resumo, vale destacar a atualidade do tema em questão, diante do amplo debate que existe na doutrina há anos, sendo robustecido com a superveniência periódica de alterações legislativas e já, de certo modo, ascendendo na jurisprudência, embora ainda incipiente nos Tribunais Superiores.

Assim a pesquisa realizou um estudo sobre a aplicação do princípio da insignificância no ordenamento jurídico, tema de notável relevância e atualidade, com o intuito de justificar a pertinência do seu reconhecimento em caráter definitivo e unísono, intervindo como primeiro filtro da persecução penal, ator do devido processo legal e garantidor de direitos fundamentais.

Referências

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 2.ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

GOMES, Luiz Flávio Gomes; SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**. 21/10/2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>.

Acesso em 01/05/2021.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Furto de uma cebola não é motivo para prisão em flagrante**. 21/02/2002. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2002-mai-21/ninguem_preso_flagrante_furto_cebola>. Acesso em 01/05/2021.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

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

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.