



Fernando Rabello

O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

WRONGFULNESS OF CONDUCT AND SUPREME COURT CASE LAW

Sirlene Nunes Arêdes

RESUMO

Aborda a ofensividade da conduta como requisito para a tipicidade material do delito.

Demonstra que a aplicação do princípio da insignificância pelo STF não tem sido feita de forma sistemática, uma vez que questões subjetivas – referentes à culpabilidade e dosimetria da pena – são utilizadas para impedir a aplicação desse princípio.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; tipicidade, ofensividade, lesividade, princípio da insignificância; jurisprudência.

ABSTRACT

The author addresses the wrongfulness of conduct as a requirement for setting forth the material features of the offense.

She shows that the principle of immateriality has not been applied systematically by the Supreme Court, since subjective issues – related to culpability and penalty measurement – are used to prevent the application of that principle.

KEYWORDS

Constitutional Law; features; wrongfulness; harmfulness; principle of immateriality; case law.

1 INTRODUÇÃO

A despeito da importância dada por alguns autores funcionalistas ao conceito de bem jurídico para a afirmação da subsidiariedade e da fragmentariedade do Direito Penal, a existência e tutela penal do bem jurídico somente tem importância se esse conceito for considerado em conjunto com a ofensividade mínima que se exige para a caracterização da tipicidade material do delito (ZAFFARONI, et al., 2010, p. 212).

Tomando por base a teoria de E. Raúl Zaffaroni, sem todavia deixar de considerar outras manifestações doutrinárias a respeito do tema, pretende-se analisar a inserção do princípio da ofensividade na teoria do delito, bem como sua relação com a tipicidade.

Para tanto, reconhecem-se dois âmbitos de aplicação da ofensividade, tal como sistematizado por Luiz Flávio Gomes (2002): o primeiro como mecanismo de limitação ao Poder Legislativo, de forma a se considerar inconstitucionais *a priori*, isto é, independentemente de quaisquer considerações sobre a conduta concreta, incriminações que não lesam os bens jurídicos. Nesse sentido, há de se analisar quais limites a doutrina reconhece como existentes ao legislador no momento de criação da norma penal.

O segundo âmbito de aplicação do princípio da ofensividade apresenta-se no momento de aplicação da norma penal, isto é, como mecanismo de interpretação da conduta concreta ao tipo previsto na norma, de forma a se considerar atípica a conduta que, ainda que formalmente tenha se subsumido ao tipo, seja incapaz de lesar ou mesmo de gerar qualquer perigo de lesão ao bem jurídico protegido.

Como se constatou durante o estudo do tema, esse segundo aspecto tem sido reconhecido no Brasil como um dos âmbitos de aplicação do princípio da insignificância, aceito e aplicado pelos juízes e tribunais do País.

Todavia, percebe-se que a aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal (STF) não tem sido feita de forma sistemática, pois a análise da prática do referido princípio demonstra que os Ministros daquele Tribunal nem sempre aplicam a teoria do delito em sua forma sistemática, separando os aspectos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Por esse motivo, restou claro o exame de questões subjetivas na aplicação do referido princípio, afastando-se, portanto, da simples análise da tipicidade da conduta.

Assim, espera-se, com o presente trabalho, destacar a inserção da lesividade na tipicidade de forma a tornar ilegítima a análise de questões subjetivas na aplicação do princípio da insignificância.

2 O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NA TEORIA DO DELITO

2.1 O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE COMO LIMITE AO PODER LEGISLATIVO

É característica do funcionalismo penal a atribuição de uma finalidade ao Direito Penal, e a conseqüente sistematização de

toda a teoria do delito com vistas à satisfação daquela finalidade. Na acepção funcionalista de E. Raúl Zaffaroni a função do direito penal é a limitação do *ius puniendi* por meio da racionalização dos critérios de intervenção estatal nos direitos individuais.

Assim, ao traçar o conceito e funções de cada um dos elementos necessários à identificação sistemática da conduta criminosa, insere nesses elementos mecanismos de redução da punição penal.

É característica do funcionalismo penal a atribuição de uma finalidade ao Direito Penal, e a conseqüente sistematização de toda a teoria do delito com vistas à satisfação daquela finalidade.

Interessa para o presente trabalho conhecer as funções reducionistas que são atribuídas ao tipo: a sistemática e a conglobante. E. Raúl Zaffaroni defende que a conduta tipificada deve-se inserir num espaço problemático de discussão, uma vez que não se questiona a tipicidade de condutas inócuas. Nota-se porém que, iniciada a análise da tipicidade da conduta, deve-se estar atento às funções que possui o tipo objetivo: a) a função sistemática, através da qual se realiza a fixação primária ou elementar da matéria de proibição, pela apreensão dos componentes objetivos que emergem da análise isolada do tipo (alguns dos quais devem ser abrangidos pelo conhecimento do agente para configurar sua vontade dolosa), proporcionando o espaço problemático para a discussão da tipicidade objetiva, embora limitado ao conteúdo do tipo isolado; b) a função conglobante, através da qual se verifica a conflitividade do *pragma*, que implica tanto a constatação da lesividade quanto a possibilidade de que possa ele ser imputado objetivamente ao agente como próprio (imputação por dominabilidade). Não há conflito quando não há lesão, nem tampouco quando, existindo a lesão, não pode ela ser imputada a um sujeito como obra dominável por ele (tratar-se-ia) de um acidente e não de um conflito. (ZAFFARONI, et al, 2010, p. 159)

Note-se que E. Raúl Zaffaroni, ao inserir a conflitividade no conceito de tipicidade conglobante, exige a lesividade como imprescindível para a configuração da tipicidade da conduta. Nesse sentido, em consonância com os postulados da subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal, a tipicidade conglobante exclui da esfera penal todas as condutas sem lesividade, uma vez que sem a conflitividade não há tipicidade, e o conflito só existe se caracterizada a ofensa ao bem jurídico, bem como o sujeito ao qual poderia ser filiada essa ofensa.

Assim, para E. Raúl Zaffaroni, a lesividade somente é caracterizada se houver real afetação do bem jurídico; se esta for substancial, significativa e não houver outra regra que limite o

alcance proibitivo da norma incriminadora. Verifica-se, portanto, que o primeiro passo para se verificar a lesividade da conduta é a identificação do bem jurídico protegido pela norma, uma vez que *o conceito limitativo de bem jurídico exige, como pressuposto de todo exercício do poder punitivo, a afetação de um bem tutelado pelo direito.* (ZAFFARONI, et all., 2010, p. 216 et ss.)

Sempre com finalidade reducionista, afirma que o conceito de bem jurídico só é útil como função limitativa do direito penal se constituir-se em expressão dogmática do princípio da ofensividade e que, *embora não se possa negar 'a boa intenção' da doutrina penal em tentar estabelecer limites ao legislador a partir do conceito de bem jurídico, nem da tentativa de baseá-los na Constituição, essas teorias, também acabam por se tornar mecanismos de legitimação da incriminação penal* (ZAFFARONI, et all, 2002, p. 487)¹.

[...] é de reconhecer-se como função da ofensividade a limitação ao Poder Legislativo, uma vez que devem ser consideradas inconstitucionais as intervenções penais que criminalizam condutas que não ofendem ou sequer geram perigo concreto de lesão a bens jurídicos.

Em vista dessas considerações, E. Raúl Zaffaroni conceitua bem jurídico como a relação de disponibilidade de um sujeito sobre um bem², disponibilidade que não se confunde com disposição, que é apenas um limite daquela. Contudo, a forma normal pela qual se manifesta a disponibilidade é o uso ou aproveitamento do objeto da relação. Explica que: *En este sentido, es claro que la vida es el bien jurídico más disponible, pues a cada instante se dispone del tiempo de vida. Los casos a que usualmente se apela para negar el concepto de bien jurídico como disponibilidad son el suicidio y la destrucción del estado. Cabe observar que son dos supuestos en que el sujeto pierde de una vez y para siempre todos los bienes jurídicos y no sólo la vida o el estado: en el primer caso desaparece el sujeto; en el segundo, la protección jurídica.* (ZAFFARONI, et all, 2002, p. 489)

Em face do princípio da lesividade ao bem jurídico, para E. Raúl Zaffaroni, são ilegítimas incriminações penais que imponham uma determinada moral ou que tenham conteúdo simbólico (ZAFFARONI, et all., 2010, p. 221). Postula também a ilegitimidade do uso da legislação penal a situações em que, embora absolutamente ineficaz para os resultados a que se destina, talvez até mesmo agravando-os, o legislador utiliza-a para tranquilizar a opinião pública e *de este modo, proveer al clientelismo político* (ZAFFARONI, et all, 2002, p. 489).

Nesse sentido, é de reconhecer-se como função da ofensividade a limitação ao Poder Legislativo, uma vez que devem ser consideradas inconstitucionais as intervenções penais que criminalizam condutas que não ofendem ou sequer geram perigo concreto de lesão a bens jurídicos.

Esses limites impostos ao legislador quando da incriminação de condutas foram sistematizados por Nilo Batista, ao afirmar que o princípio da lesividade tem as seguintes funções: a)

proibir a incriminação de uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; e d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico, tendo-se por desviada a conduta fortemente desaprovada pela coletividade (BATISTA, 1999, p. 92 e ss).

De fato, não se pode deixar de constatar a inconstitucionalidade de intervenções estatais desse jaez, na medida em que a Constituição consagra o direito à liberdade de opinião e de expressão (art. 5º, IV, VI), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X) e o pluralismo político e social (art. 3º, IV). Assim, manifesta-se a inconstitucionalidade de intervenções estatais com tais conteúdos na medida em que reduzem direitos fundamentais, sem que qualquer finalidade social possa ser antevista nessas intervenções. As intervenções estatais são inconstitucionais se não tiverem por finalidade assegurar os objetivos da República Federativa do Brasil expressos no art. 3º da CR/88.

Pelo contrário, o que se vislumbra em incriminações sem ofensa a bens jurídicos é que elas não apenas distanciam a sociedade brasileira de uma sociedade livre (art. 3º, I, CR/88) como ainda ampliam a marginalização, que é objetivo estatal eliminar (art. 3º, III, CR/88). Não se pode perder de vista que: *O mais importante compromisso vinculador da atuação do Estado brasileiro decorrente da natureza de nossa Constituição (pacto social) é o reconhecimento da existência de um núcleo inviolável de direitos, constituído pelos direitos fundamentais, cuja tutela é prioridade máxima do Estado e que não podem ser suprimidos nem mesmo a pretexto de atender à vontade da ampla maioria ou ao consenso existente na sociedade.* (BRODT, 2005, p. 33).

A teoria da tipicidade conglobante dá vazão à declaração de inconstitucionalidade de tais intervenções no âmbito penal, limitando o legislador e permitindo a redução da intervenção penal, na medida em que somente reconhece a tipicidade da conduta se a mesma gerar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Assim, o conceito de bem jurídico ocupa espaço central na teoria de E. Raúl Zaffaroni, uma vez que a conduta só pode ser considerada típica se houver lesividade, implicando que a conduta deve lesionar ou expor a perigo o bem jurídico, perigo esse que deve manifestar-se no mundo real³. Conforme expõe, *en cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico y, en caso negativo, no es admisible la tipicidad objetiva* (ZAFFARONI, et all, 2002, p. 492).

Assim, limites são impostos ao legislador na medida em que se reconhece que a ausência de lesividade na conduta abs-tratamente prevista não se coaduna com a Constituição Brasileira, devendo tais normas ser declaradas inconstitucionais. Esse também é o posicionamento de Luiz Flávio Gomes, que, ao sistematizar as funções da ofensividade na esfera penal, defende que ela tem como finalidade tanto a limitação do *ius puniendi*, isto é, do legislador em sua atuação constitucional, quanto do *ius poenale*, ou seja, a interpretação concreta da conduta quanto à sua subsunção à norma.

Como mecanismo de proteção das liberdades constitucionais, Luiz Flávio Gomes defende que a ofensividade é mecanismo essencial para que o Direito Penal não conceba o delito como a mera violação de um dever ou infração de mera deso-

bediência ou, ainda, como limitação de algumas formas (ilegítimas) de antecipação da tutela penal (punição de determinados atos preparatórios, o perigo abstrato, etc.) (GOMES, 2002, p. 13).

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes traça outro limite imposto pelo princípio da lesividade ao *ius puniendi*, na medida em que a concepção de lesividade por ele apontada tem como finalidade *determinar os limites racionais dentro dos quais pode o legislador legitimamente antecipar a tutela penal, que por natureza deve ser concebida como fragmentária e subsidiária*. (GOMES, 2002, p. 20).

Considero, todavia, que, nos casos de adiantamento da tutela penal, o princípio da lesividade é dirigido ao intérprete, pois não há a declaração de inconstitucionalidade da norma, abstratamente considerada, mas sim a análise casual da conduta e seu potencial lesivo. Assim, nos casos de adiantamento, ainda que a norma seja silente a respeito da lesão ou perigo concreto de dano ao bem jurídico, sua aplicação somente se dará quando constatado ao menos o perigo concreto na circunstância analisada.

Retomando, porém, a teoria de Luiz Flávio Gomes, nota-se que, também sob sua perspectiva, é imprescindível a identificação do bem jurídico protegido pela norma, não se podendo falar em lesão ou perigo concreto de lesão sem a prévia identificação desse bem.

Como limite ao legislador, Luiz Flávio Gomes aponta ainda que todo delito deve ter, já na descrição do fato típico, a previsão de um *resultado jurídico*; resultado que *consiste precisamente na lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal* (GOMES, 2002, p. 38). Acrescenta que o bem jurídico deve ser de terceira pessoa (GOMES, 2002, p. 42) e que *se o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos não autoriza o castigo penal como simples consequência da violação de um 'valor cultural' enquanto tal ou de uma 'ideologia determinada' ou mesmo de uma religião ou de uma regra moral, senão da violação de uma relação humana socialmente relevante, por seu turno, por força do princípio da ofensividade, a sanção penal se legitima quando a conduta exteriorizada (e correspondente à literalidade da descrição legal) cause uma grave (e intolerável)*

ofensa ao bem jurídico contemplado na norma. (GOMES, 2002, p. 41).

Quanto à função de proteção do Direito Penal, Luiz Flávio Gomes afirma que nem todo bem jurídico pode converter-se em bem jurídico penal e que não pode haver a proteção penal contra todos os ataques ao bem jurídico penal, em face do princípio da fragmentariedade e subsidiariedade, sendo legítima a intervenção penal tão somente se a conduta ofendeu outra liberdade de igual ou maior relevância (GOMES, 2002, p. 45 e ss.).

As intervenções estatais são inconstitucionais se não tiverem por finalidade assegurar os objetivos da República Federativa do Brasil expressos no art. 3º da CR/88.

Tendo em vista esses postulados doutrinários, é de pugnar pela descriminalização de várias condutas que, previstas na legislação brasileira, têm caráter meramente simbólico⁴, ou criminalizam estados existenciais ou determinadas concepções morais⁵, ou ainda não afetam bens jurídicos de terceira pessoas⁶. Tais criminalizações simplesmente possibilitam a marginalização de sujeitos específicos dentro do contexto social em razão de sua vulnerabilidade (ZAFFARONI, et al., 2010). A esse respeito Paulo de Souza Queiroz leciona que: *A intervenção penal, por conseguinte, somente deve ter lugar quando uma dada conduta represente uma invasão na liberdade ou direito ou interesse doutrêm, é dizer, a incriminação somente se justifica, quer jurídica, quer politicamente, quando o indivíduo transcendendo a sua esfera de livre atuação, os lindes de sua própria liberdade, vem de encontro à liberdade de seu coassociado, ferindo-lhe, com certa intensidade, um interesse particularmente relevante e merecedor de proteção penal. Significa dizer, noutros termos, que à decisão de criminalizar-se um certo comportamento, haverá de preexistir uma efetiva transgressão de um interesse, de terceiro, particular, difuso ou coletivo, juridicamente tutelado; devendo, no entanto, ser esse interesse definido, concretamente identificado ou identificável. Sem essas condições, ou pré-condições, qualquer intervenção penal, a par de inútil, é de todo arbitrária. Crime, enfim, do ponto de vista material, outra coisa não pode ser, senão ato humano lesivo de interesse*

juridicamente protegido (lesivo de bem jurídico) de outrem. (QUEIROZ, 1998. p. 110) (Grifo nosso).

Portanto, embora a jurisprudência do STF tenha adotado o princípio da lesividade, grande passo ainda deve ser dado até que esse princípio cumpra sua função de limitação da discricionariedade legislativa na incriminação de condutas, tendo em vista que até o momento não se sinalizou no sentido da declaração de inconstitucionalidade de normas penais incriminadoras no País.

2.2 O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE COMO PARÂMETRO INTERPRETATIVO

A segunda função atribuída ao princípio da ofensividade é tratada por Luiz Flávio Gomes como limite do *ius poenale*, na medida em que a ofensividade exige que seja constatado *ex post factum* a concreta presença de uma lesão ou de um perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido. Na visão do autor, a tipicidade possui três requisitos: a) realização formal da conduta penalmente relevante; b) imputação subjetiva ou normativa dessa conduta ao agente (tipicidade subjetiva); c) produção de um resultado jurídico penalmente relevante, que se caracterizando como lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico deve ser: i) transcendental; ii) significativo; iii) não autorizado nem fomentado pelo direito; iv) objetivamente imputável ao risco criado pela conduta do agente (GOMES, 2002, p. 76 e ss.).

Deve-se registrar, todavia, que, mesmo que todos os limites traçados pelo princípio da ofensividade sejam levados em conta pelo Legislador, *a formulação prévia e abstrata de tipos penais não terá o condão – precisamente porque concebida e realizada abstratamente – de afastar de sua incidência fatos que, analisados concretamente, possam não assumir a dita significação penal que o legislador objetivou reprimir por essa via extrema. [...] Não lhe é possível, enfim, ao prever tipos abstratos, ainda que se atendendo àquelas lesões mais significativas, fixar, segundo o caso concreto, em que intensidade a lesão deve assu-*

mir relevância penal efetiva. (QUEIROZ, 1998, p. 122 e ss.)

Portanto, não se pode dispensar a função interpretativa do princípio da ofensividade a ser executada em cada caso *in concreto*. Pois, ainda que a norma penal preveja conduta hábil a gerar dano ou perigo ao bem jurídico tutelado, há de se analisar, em cada situação, se houve de fato a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico, sendo necessário considerar-se atípica a conduta que não atende aos pressupostos de lesividade. Diante da situação concreta, afirma-se haver insignificância da conduta quando o bem jurídico é diminutamente afetado de forma a não se poder falar em lesão relevante (ZAFFARONI, et al., 2010, p. 229): *A consideração conglobante das normas dedutíveis dos tipos legais revela sua tendência de proibir condutas que provoquem conflitos de certa gravidade. Não se trata apenas de manifestação do princípio da ultima ratio, mas também do próprio princípio republicano, do qual dimana o princípio da proporcionalidade, como requisito de correspondência racional entre a lesão ao bem jurídico e a pena: não faz sentido considerar lesão corporal (art. 129 CP) a perfuração nas orelhas da criança para uso de brincos, entrever furto (art. 155 CP) na subtração de uma caixa de fósforos para acender cigarros, ou sequestro (art. 148 CP) no motorista rabugento que só freia o ônibus e abre a porta no ponto subsequente, a duzentos metros do solicitado, lobrigar corrupção (art. 333 CP) no livro com que o advogado presenteia o juiz. Em todos os tipos nos quais seja admissível gradualizar a lesão ao bem jurídico é possível conceber ofensas insignificantes; com maiores razões em todos os crimes de perigo, já que o conceito de perigo é essencialmente graduável.* (ZAFFARONI, et al., 2010, p. 229 e ss.)

É de se ver que tais condutas, ainda que formalmente se subsumam aos tipos, não são aptas a lesar o bem jurídico que a norma penal visa a proteger: respectivamente, a integridade corporal, o patrimônio, a liberdade e a moralidade administrativa. Todavia, tais **considerações sobre a atipicidade da conduta desprezam quaisquer aspectos subjetivos a respeito do autor, das vítimas, ou da situação econômica, limitando-se à análise do fato, abstratamente considerado e independentemente de quem o praticou ou contra quem foi praticado.**

Portanto, embora a jurisprudência do STF tenha adotado o princípio da lesividade, grande passo ainda deve ser dado até que esse princípio cumpra sua função de limitação da discricionariedade legislativa na incriminação de condutas [...]

Reafirme-se que, diferentemente dos limites que o referido princípio traça ao Poder Legislativo, que devem levar à declaração de inconstitucionalidade dos tipos que não atendem ao pressuposto da lesividade, é necessário fazer análise concreta da situação em que a conduta foi praticada a fim de determinar sua tipicidade, ou seja, deve-se analisar *in concreto* cada conduta formalmente típica a fim de constatar a existência da ofensa ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico e, portanto, a tipicidade material.

Essa necessária interpretação casual deve ocorrer em todos

os tipos penais e, quanto aos tipos de perigo abstrato, deve-se também analisar em cada situação se houve a lesão ou perigo concreto de dano ao bem jurídico, ainda que a norma incriminadora nada disponha sobre esses pressupostos, devendo-se declarar atípicas condutas que não sejam aptas a lesar o bem jurídico, tais como a falsificação grosseira de moeda, o porte de arma de fogo defeituosa, entre outras (GOMES, 2002, p. 64)⁷. Nesse sentido, a aplicação do princípio da lesividade na esfera concreta de ação, nos dizeres de Luiz Flávio Gomes, tem como o mais relevante efeito prático: [...] *permitir excluir do âmbito do punível as condutas que, mesmo que tenham cumprido formalmente ou literalmente a descrição típica, em concreto mostram-se inofensivas ou não significativamente ofensivas para o bem jurídico tutelado. Não resultando nenhuma lesão ou efetivo perigo de lesão a esse bem jurídico, não se pode falar em fato típico.* (GOMES, 2002, p. 106).

Registre-se, todavia, que não se pode dar à **inexistência** de lesão o mesmo tratamento da **pequena** ou **mínima** lesão e pequeno ou mínimo perigo de lesão ao bem jurídico. Para anotar-se a diferença, basta ver que, nos casos de inexistência de lesão, tal como portar arma de fogo defeituosa, há a possibilidade de estender abstratamente a atipicidade da conduta a todas as situações semelhantes, ou seja, a conduta é atípica sempre. Tratando-se de atipicidade, não há de se cogitar sobre quaisquer aspectos subjetivos na análise da questão, pois, como é cediço, a lesividade insere-se no âmbito da tipicidade objetiva.

Entretanto, o mesmo não ocorre quando há a lesão, ainda que mínima, pois nesse caso, há análise de cada situação além dos aspectos da tipicidade adentrando-se na subjetividade da conduta e nas condições pessoais do autor e da vítima. Veja-se que, em tais casos, há a configuração da tipicidade, passando-se então à análise de antijuridicidade e de culpabilidade, chegando-se então a considerações quanto à imposição da pena. Porém, tratar de tais questões para definir se há ou não crime, tal como, por vezes, tem-se procedido, implica desconsiderar toda a função garantista da teoria do delito e até mesmo retornar a um direito penal de autor.

Assim, condutas lesivas, mas de pequeno potencial ofensivo, tais como furto de pequenos valores, também merecem tratamento distinto, mas não no âmbito do princípio da insignificância. De fato, a Constituição prevê a existência de ‘infração penal de pequeno potencial ofensivo’ e determina que a essas infrações seja dado tratamento distinto, possibilitando-se até mesmo a transação em tais circunstâncias. Não se pode é negar a aplicação do princípio da insignificância por aspectos subjetivos ligados à antijuridicidade, à culpabilidade e a circunstâncias de imposição da pena, uma vez que tais condutas levam à falta de quaisquer parâmetros objetivos de imputação penal, lesando o princípio da segurança jurídica⁸.

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Diante dos postulados acima, resta verificar a consonância dos limites garantistas impostos pelo princípio da lesividade com as decisões dadas pelo STF aos casos sob sua apreciação. Tal análise faz-se necessária, uma vez que se notam, nas decisões desse Tribunal, duas linhas jurisprudenciais não apenas contraditórias como ainda excludentes: a primeira, no sentido de limitar a aná-

lise da atipicidade a aspectos objetivos, e a segunda, que considera, na aplicação do princípio da insignificância, circunstâncias como a vida pregressa do autor, ou a condição da vítima no caso concreto. Dessa forma, pode-se afirmar que há dissonância na aplicação do princípio da lesividade, dissonância essa que não passou despercebida à Luiz Flávio Gomes: *O maior problema, hoje, relacionado com o princípio da insignificância não é tanto o pertinente à sua admissibilidade (até doutrinadores e julgadores mais conservadores já começam a reconhecê-lo), senão a confusão que ainda reina na esfera dos seus limites e, nesse sentido, por conseguinte, a falta de uma clara distinção (sobretudo dogmática) entre o princípio da insignificância (que exclui a tipicidade, como causa suprallegal - STJ, REsp 308.307, rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.03.04) e o da irrelevância penal do fato (que tem por fundamento o art. 59 do CP, tornando-se a pena desnecessária no caso concreto, tal como ocorre com o perdão judicial).* (GOMES, 2004).

De fato, a confusão apontada por Luiz Flávio Gomes na jurisprudência do STJ apresenta-se também nos julgados do STF, que, embora aceite a aplicação do princípio da insignificância e, mais, veja a insignificância da lesão como apta a excluir a tipicidade da conduta, não aplica o referido princípio quando há aspectos pessoais do acusado que impliquem **reprovação da conduta**.

Deixa-se consignado, tal como dantes visto, que a aplicação do princípio da insignificância, ou seja, a declaração da não intervenção penal pela insignificância da lesão ou perigo a que foi exposto o bem jurídico, é feita quando da análise da tipicidade, muito antes de se examinar quaisquer aspectos referentes à culpabilidade ou aos limites da pena. Assim, *toda referência que é feita (na esfera do princípio da insignificância) ao desvalor da culpabilidade (réu com bons antecedentes, motivação do crime, personalidade do agente etc.) está confundindo o injusto penal com sua reprovação, leia-se, está confundindo a teoria do delito com a teoria da pena (ou, na linguagem de Graf Zu Dohna, o objeto de valoração com a valoração do objeto).* Não se pode utilizar um critério típico do princípio da irrelevância penal do fato (teoria da pena) dentro do princípio

da insignificância (que reside na teoria do delito). Essa é a confusão que precisa ser desfeita o mais pronto possível, para que o Direito penal não seja aplicado incorretamente (ou mesmo arbitrariamente). (GOMES, 2004)

A jurisprudência do STF não nega a incidência do princípio da insignificância à situações em que a lesividade ao bem jurídico inexistente ou é inexpressiva. Tampouco nega que a aplicação do referido princípio gera a atipicidade da conduta, todavia, muitas decisões inserem como *requisito objetivo* da tipicidade 'o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento'. Ao se falar em grau de reprovabilidade do comportamento, analisa-se claramente um *aspecto subjetivo* da conduta: qual seja, a culpabilidade, que é exatamente a reprovação da conduta do autor⁹.

Diante da situação concreta, afirma-se haver insignificância da conduta quando o bem jurídico é diminutamente afetado de forma a não se poder falar em lesão relevante [...]

Ora, a tipicidade objetiva, de que se trata ao mencionar ofensividade, é análise anterior à tipicidade subjetiva, à antijuridicidade e também à culpabilidade do agente, de sorte que é sem sentido falar em 'tipicidade da conduta' por ser o agente reincidente. A tipicidade é um modelo abstrato de forma que a conduta se subsume ou não ao parâmetro legal.

Registre-se, todavia, que referida confusão não é encontrada nos votos do Ministro Celso de Mello, que tem procurado separar o âmbito da tipicidade de aspectos subjetivos referentes à culpabilidade ou à imposição e dosimetria da pena. A análise das condições de aplicação do princípio da insignificância foi traçada pelo referido Ministro – entre outras decisões – no HC 98.152/MG, em que a defesa sustentava a necessidade de revisão de acórdão oriundo do STJ que, tendo reconhecido a aplicabilidade do princípio da insignificância, declarou extinta a punibilidade do réu por tentativa de furto de cinco barras de chocolate em um supermercado. Em seu voto, o Ministro Relator expôs que a aplicação do princípio da insignificância leva à ausência de tipicidade da conduta, portanto, à ausência de crime, logo à absolvição do réu e não à mera declaração de extinção da punibilidade¹¹.

Essa mesma posição foi seguida nos HC 97.927/RS e HC 100.316/SC, em que se tratou de crime de descaminho com valores inferiores àquele executado pela Fazenda Pública, situação em que o princípio da insignificância deve ser considerado também em sua relação com os da subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal. Note-se que, em tais situações, não havendo sequer interesse econômico da Administração Pública em cobrar o débito, não se pode falar em ofensa ao bem jurídico protegido (patrimônio público). Ademais, a subsidiariedade do Direito Penal impede seu uso como *prima ratio*, isto é, para reprimir condutas que sequer civil ou administrativamente há interesse do Estado em reprimir. De fato, havendo outros mecanismos dos quais a Administração pode-se

valer para proteger o patrimônio público, a intervenção penal somente se legitima quando e se esses outros mecanismos se mostrarem ineficazes.

Outra situação em que houve a aplicação do princípio da insignificância é o HC 96.688/RS, de lavra da Ministra Ellen Gracie, que tratou de furto de cadeiras de palha em uma igreja abandonada¹². Deve-se analisar que, nesse caso, a conduta é atípica, pois, tratando-se de coisa abandonada, não se pode considerar afetação ao patrimônio (bem jurídico protegido) de quem quer que seja. Tal como postulado por E. Raúl Zaffaroni, o crime afeta a disponibilidade da vítima sobre o bem jurídico, não havendo falar-se em afetação a essa disponibilidade no caso de haver a vítima, de antemão, o abandonado ou por qualquer outro motivo já não gozar de disponibilidade sobre ele. Nessa hipótese, tanto quanto no caso do descaminho anteriormente relatado, há a atipicidade da conduta independentemente de quaisquer considerações de ordem subjetiva, de modo que, mesmo que o réu fosse reincidente e contumaz na prática do delito de furto, não se poderia falar em tipicidade.

Ampliando o entendimento anteriormente sustentado, o Ministro Celso de Mello, nos autos do HC 93.453/RS, en-

tendeu que, uma vez que há aplicação do princípio da insignificância em crimes de descaminho com valor de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não se poderia negar a aplicação do princípio da insignificância em crime de estelionato com valor de R\$ 267,00, mesmo admitindo que se tratavam de bens jurídicos diversos.

Como dantes asseverado, a correta aplicação do princípio da insignificância, exige que, em primeiro lugar, se procure identificar o bem jurídico tutelado, a fim de averiguar a lesividade da conduta. Nesse sentido, deve-se destacar o voto do Ministro Marco Aurélio no HC 77.003/PE: *O preceito que serviu de base à oferta da denúncia tem uma razão de ser, e esta não é, evidentemente, a persecução criminal considerada caso isolado de nenhuma significação no contexto jurídico da vida de uma pessoa jurídica de direito público. [...] O que não se coaduna com os interesses maiores da sociedade é acionar-se o Judiciário, movimentando-o, no que já por demais sobrecarregado, tendo presente a situação concreta que nenhum prejuízo trouxe para o bem protegido pelo Decreto-Lei 201/67, no que proíbe a contratação de servidores sem o concurso público.*

Nesse sentido, ou seja, no sentido da interpretação do princípio da insignificância como excludente da tipicidade da conduta, firmou-se a jurisprudência do STF, de forma a consignar a desnecessidade de identificação ou análise de aspectos subjetivos para a aplicação do princípio da insignificância. Assim, afirma-se que *a caracterização da infração penal como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é. E sendo, torna-se atípico impondo-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa.* (BRASIL, STF, AG 559.904/RS).

Contudo, a despeito do reconhecimento da inexistência de aspectos subjetivos na avaliação da incidência do princípio da insignificância e mesmo reafirmando esses postulados, encontram-se – não raro, infelizmente – acórdãos em que há a análise de aspectos subjetivos relacionados ao autor ou à vítima a fim de impossibilitar a incidência do referido princípio.

Assim, condutas lesivas, mas de pequeno potencial ofensivo, tais como furto de pequenos valores, também merecem tratamento distinto, mas não no âmbito do princípio da insignificância.

Cita-se, a esse respeito, decisão nos autos do HC 94.765/RS, em que se considerou que o concurso de agentes impediria a aplicação do princípio da insignificância de furto de pequeno valor (R\$ 150,00), pois tornava a conduta do agente reprovável: ***A lesão se revelou significativa não apenas em razão do valor do bem subtraído, mas principalmente em virtude do concurso de três pessoas para a prática do crime (o paciente e dois adolescentes). De acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, não foi mínima a ofensividade da conduta do agente, sendo reprovável o comportamento do paciente.*** (BRASIL, STF, HC 94.765/RS) (Grifo nosso)

É inegável que tais considerações retiram qualquer objetividade que se pretenda dar à interpretação da norma penal pela teoria sistemática do delito, uma vez que insere aspectos de ordem subjetiva em questões de tipicidade. Ora, ainda que aspectos subjetivos devam ser analisados, essa análise somente

é cabível após a análise da tipicidade objetiva, já que reprovação da conduta como critério de caracterização do crime pressupõe que a conduta se amolde àquela prevista na lei, não se podendo questionar sobre a reprovação de conduta que não seja típica, por mais reprovável socialmente.

No caso antes citado, portanto, levando-se em consideração que o bem jurídico protegido é o patrimônio, a circunstância de que a conduta tenha sido efetivada por um ou mais agentes não é apta a gerar a tipicidade, pois o bem jurídico foi ou não ofendido pela conduta.

Em outra decisão, em que se postulava a aplicação do princípio da insignificância em caso de furto de R\$ 40,00, essa aplicação foi afastada em face do valor que o bem representava para o patrimônio da vítima: *O fato do valor de R\$ 40,00 (quarenta reais) que o paciente subtraiu ser inferior ao valor do salário mínimo, por si só, não autoriza a aplicação do princípio da insignificância, eis que não se pode confundir o pequeno valor do objeto material do delito com a irrelevância da conduta do agente. No caso em tela, a lesão se revelou significativa não obstante o bem subtraído ser inferior ao valor do salário mínimo. Vale ressaltar, que há informação nos autos de que o valor ‘subtraído representava todo o valor encontrado no caixa, sendo fruto do trabalho do lesado que, passada a meia-noite, ainda mantinha o trailer aberto para garantir uma sobrevivência honesta’. Portanto, de acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, entendo que não houve inexpressividade da lesão jurídica provocada.* (BRASIL, STF, RHC n. 96.813/RJ)

Ainda nesse caso, o Ministro Eros Grau acompanhou o relator argumentando que a quantia subtraída seria “necessária à subsistência da vítima”, de forma a não ser possível concluir-se pela inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado e acrescentou que ***a aplicação do princípio da insignificância também não é possível considerada a contumácia do paciente na prática do crime de furto. Em que pese a ausência de decisões condenatórias transitadas em julgado, sua folha de antecedentes criminais é expressiva de prática reiterada desses delitos.*** (BRASIL, STF, RHC n. 96.813/RJ) (Grifo nosso).

Reafirme-se que tais decisões não guardam sintonia com a teoria analítica do delito, pois, ousado repetir, as condições subjetivas, tais como a personalidade do réu, a reincidência, os antecedentes criminais etc, não são requisitos analisados quando da tipicidade da conduta. É certo que apenas se configurada a tipicidade será feita a análise da culpabilidade (reprovação da conduta) e, se presente também esta, a análise dos aspectos que envolvem a dosimetria da pena (art. 59 CP).

Infelizmente, todavia, essas não são decisões isoladas na jurisprudência do STF, sendo de se apontar outros critérios subjetivos utilizados pelas turmas daquela corte para afastar a aplicação do princípio da insignificância tais como: a situação econômico-social do país¹³, a expressividade da lesão jurídica causada à vítima¹⁴, os antecedentes criminais do réu e/ou a sua reincidência¹⁵ e, até mesmo, a possibilidade de algo ‘pior’ vir a ocorrer¹⁶.

4 CONCLUSÃO

É necessário que a doutrina se prostre sobre tal problema, a fim de determinar critérios claros e objetivos de lesão ou de perigo concreto de lesão ao bem jurídico, e, conseqüentemente,

hipóteses de atipicidade por ausência de lesividade. **Não basta, portanto, postular a atipicidade por ausência de lesão ao bem jurídico, sem logo em seguida estabelecer parâmetros objetivos do que seja a lesão significativa ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico.**

Nesse sentido, é importante estabelecer distinção entre lesão ínfima ou insignificante, capaz de gerar a atipicidade da conduta, e a pequena ou mínima lesão, que – sem excluir a tipicidade – pode levar a que a ausência de antijuridicidade ou de culpabilidade conduzam também à ausência de crime. Deve-se postular ainda que, em circunstâncias casuais, isto é, nos casos de infrações penais de baixo potencial ofensivo, haja não apenas a punição diferenciada pelos Juizados Criminais, como também ausência de punição em face da desnecessidade da pena.

Inaceitável é a utilização de aspectos subjetivos para afastar a aplicação do princípio da insignificância em casos específicos. É de se reconhecer que a conduta é típica ou atípica sempre, em todas as situações que configurarem os aspectos objetivos do ato, independentemente de questões referentes à vítima ou ao autor.

Cite-se, como exemplo, o porte de arma de fogo defeituosa: ainda que se trate de conduta efetivada por pessoa já condenada por homicídio, não se fala em tipicidade por absoluta inaptidão dela para gerar sequer perigo ao bem jurídico protegido. Da mesma forma no caso de falsificação grosseira de moeda ou de documentos, situação em que mesmo havendo reincidência ou contumácia do réu ou sendo a vítima miserável, pode-se objetivamente constatar que não há lesão ao bem jurídico protegido. O mesmo pode-se dizer de inúmeras outras situações que, configurada a conduta, não se cogita de tipicidade por ausência de lesão ao bem jurídico sem que quaisquer aspectos subjetivos tenham interferência nessa análise (dirigir veículo sem habilitação em local deserto; apropriar-se de bem abandonado; sonegação de tributos até o valor que a Fazenda Pública deixa de executar, etc.).

Por fim, deve-se salientar que a análise da aplicação do princípio da insignificância para fins de exclusão da tipicidade não pode prescindir da determinação do bem jurídico abstratamente

protegido contra **determinadas formas de agressão pela norma penal.** Somente a partir dessa identificação é possível considerar, independentemente de quem seja o réu ou de quem seja a vítima, se houve ou não a lesão ou mesmo o perigo concreto de lesão gerado pela conduta concretamente considerada. Inserir aspectos subjetivos na análise da tipicidade objetiva do delito implica o reconhecimento de um direito penal de autor, na medida em que a conduta será ou não considerada típica a depender de quem a praticou e contra quem foi praticada – situação que toda a teoria analítica do delito visa a evitar.

NOTAS

- 1 *La idea de tutela es indispensable para legitimar la confiscación de la víctima y, como tal, es propia del momento de asentamiento del poder punitivo (siglos XII y XIII). La limitación de la tutela mediante la ofensividad, lesividad o conflictividad, es propia de la Ilustración y, por ello, del siglo XVIII. Puede reconocerse el concepto de bien jurídico tutelado en el Maleus, en tanto que el concepto limitativo tiene su origen en Feuerbach, aunque no había acuñado aún el nombre (lo identificaba con derechos subjetivos), que aparece con Birnbaum y penetra en la dogmática del siglo XX como elemento teleológico en la teoría de von Liszt. (ZAFFARONI, et al., 2002, p. 488) Sustentar a existência de um bem jurídico penalmente tutelado importa reconhecer uma função constitutiva – e não sancionadora – à lei penal, e portanto abrir caminho a uma concepção completiva – e não fragmentária. (ZAFFARONI, et al., 2010, p. 217)*
- 2 *Hace varias décadas esta idea fue reformulada en términos actuales, caracterizando al bien jurídico como una relación de disponibilidad de una persona con un objeto. Actualmente y conforme a la evolución legislativa, es preferible concebirlo como relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto [...]. En rigor, pese a que por lo común se mencionan los bienes jurídicos conforme a los objetos (patrimonio, libertad, etc.), su esencia consiste en la relación de disponibilidad del sujeto con estos objetos y no en los objetos mismos. La idea de disponibilidad es criticada, particularmente por quienes clasifican los bienes jurídicos en disponibles e indisponibles, lo que se contraponen frontalmente con la disponibilidad como característica esencial del concepto. (ZAFFARONI, et al., 2002, p. 489)*
- 3 *[...] el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real. El recuento de entender por peligro abstracto el que sólo existió juzgado ex ante, y por peligro concreto el que existió valorado ex post, no es satisfactorio, dando que en cierto sentido todo peligro es abstracto ex ante e es concreto ex post. Por ello, todos los peligros*

deben ser valorados ex ante, a condición de que no se trate de una pura imaginación sin sustento real alguno o el mundo o de una falta de tipo por inexistencia del bien jurídico. (ZAFFARONI, et al., 2002, p. 492)

- 4 *[...] não é lícito ao Estado, a pretexto de defender interesse público (a saúde pública, por exemplo, comumente invocada), utilizar seus jurisdicionados como um instrumento para infundir noutros o temor de adotarem procedimento semelhante, pois o Estado e o direito devem servir ao homem, e não o contrário. (QUEIROZ, 1998, p. 110). Citam-se, como exemplos: art. 230, art. 229 e art. 124, todos do Código Penal. Registre-se que tais tipificações, além levarem à punição de pessoas vulneráveis, impede a existência de qualquer política econômico-social com objetivos de reduzir as condutas proibidas ou ao menos seus efeitos danosos.*
- 5 Exemplos: art. 215 e art. 227, ambos do Código Penal, em relação a pessoas maiores e capazes; e ainda art. 234 também do Código Penal.
- 6 Exemplo: art. 28 da Lei 11.343/2006.
- 7 Luiz Flávio Gomes (2002, p. 102) afirma também que: *Toda a norma de conduta tem duas dimensões: a valorativa (toda a norma existe em função de um valor, isto é, de um interesse ou bem que o legislador valorou positivamente e quer proteger) e a imperativa (a norma cria uma pauta de conduta e exige de todos que se comportem de acordo com a pauta estabelecida; a pauta de conduta é, por isso, coativamente imposta a todos).*
- 8 *Atualmente, há de se considerar que a doutrina não trata a matéria de forma sistemática, podendo-se encontrar contradições e incertezas quanto à relevância de aspectos subjetivos na tipicidade até mesmo em grandes doutrinadores como E. Raúl Zaffaroni: Como, especialmente nas sociedades de classes, os bens jurídicos não se distribuem igualmente, poderia sustentar-se o critério da valoração relativa ao sujeito. Como o direito admite, e por vezes garante, tais desigualdades, a pequena lesão segue sendo uma lesão para quem a sofre, embora sua existência não se altere minimamente por causa dela. Tal critério pode ser útil para graduar a pena, não porém para determinar a insignificância. A hipótese inversa – embora ao preço de eventualmente flexibilizar o tipo objetivo perante sujeitos passivos deficitários – pode ser considerada, ao escopo de abrandar a vitimização seletiva. Assim, características especiais do sujeito passivo ou das circunstâncias em que se encontra podem outorgar relevância ofensiva a uma lesão normalmente insignificante (um copo d'água no deserto não é a mesma coisa que num bar de Ipanema). (ZAFFARONI, et al., 2010, p. 230)*
- 9 *Nesse sentido: A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante ao bem jurídico tutelado. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente de tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. Para a incidência do princípio*

- da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato – tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. (BRASIL, STF, HC n. 97.051/RS) No mesmo sentido: (BRASIL, STF, HC n. 96.688/RS; BRASIL, STF, HC n. 98.152/MG) entre outros.
- 10 A culpabilidade, no finalismo, por sua vez, pode ser resumida como a reprovação pessoal que se faz contra o autor pela realização de um fato contrário ao Direito, embora houvesse podido atuar de modo diferente de como o fez. (BITENCOURT, 1999, p. 336).
- 11 Cumpre destacar as seguintes partes do referido voto: *É importante assinalar, neste ponto, por oportuno, que o princípio da insignificância... tem o sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, consoante assinala expressivo magistério doutrinário. [...] Na realidade, e considerados, de um lado, o princípio da intervenção penal mínima do Estado (que tem por destinatário o próprio legislador) e, de outro, o postulado da insignificância (que se dirige ao magistrado, enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto), na precisa lição do eminente Professor René Ariel Dotti, cumpre reconhecer que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzem 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. [...] Como anteriormente referido, o princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material, razão pela qual, como bem sustentou a Defensoria Pública da União, a concessão da ordem de ‘habeas corpus’, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, deveria ter conduzido, necessariamente, à absolvição do acusado em razão da ausência de crime e não à mera extinção da punibilidade dos fatos praticados.* (BRASIL, STF, HC n. 98.152/MG.)
- 12 Registre-se, no voto da ministra, aspectos subjetivos sendo avaliadados na tipicidade. O resultado também não é de relevo, porquanto as cadeiras foram subtraídas de uma Igreja que já estava abandonada na comunidade, não tendo o condão de afetar o corpo social. Com relação à pena, mesmo que mínima fosse a reprimenda, seria cabalmente desproporcional ao fato praticado. Também não se constata efetivo prejuízo à vítima, pois, como dito anteriormente, a Igreja estava desativada. **O réu não apresenta antecedentes, sequer registros policiais.** (Grifo nosso) (BRASIL, STF, HC n. 96.688/RS). Ora, mesmo que tal ação fosse protagonizada por agente reincidente por várias vezes em crimes contra o patrimônio, haveria atipicidade, pois não houve ofensa ao bem jurídico tutelado, uma vez que o bem material objeto de apropriação encontrava-se abandonado.
- 13 Para a incidência do princípio da insignificância, além de serem relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato [...] devem ser analisados, em cada caso, de forma cautelar e rigorosa, a realidade sócio econômica do País e o conjunto de valores

- éticos juridicamente aproveitados pelo sistema penal para determinar se a conduta pode ou não ser considerada típica para a configuração do delito. (BRASIL, STF, HC n. 97.051/RS)
- 14 *Associados a estes valores éticos, verificam-se, ainda o alto grau de reprovabilidade do comportamento dos pacientes e a expressividade da lesão jurídica causada à vítima na espécie em pauta, circunstâncias suficientes para afastar a incidência do princípio da insignificância.* (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 97.051/RS). *No mesmo sentido a seguinte afirmação: [...] não há como aplicar o princípio da insignificância no caso concreto, tendo em vista a relevância do valor subtraído à situação econômica da vítima* (BRASIL, STF, HC n. 96.757/RS)
- 15 *De outra banda, não já [sic] como prosperar a alegação da defesa de que a conduta do acusado não tem potencialidade lesiva, visto que, em casos como o do presente processo, deve-se levar em consideração ao ficha de antecedentes criminais do réu, restando inviável considerar sua conduta penalmente irrelevante. [...] Por derradeiro, apesar de serem suficientes, por si sós, os argumentos apresentados, entendendo, ainda de especial relevância na espécie o fato de ser o paciente reincidente, conforme comprova a Folha de Antecedentes Criminais [...] O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois, crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, assim transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. [...] Tenho, pois, que o criminoso reincidente apresenta comportamento reprovável que não pode ficar imune ao direito penal e sua conduta deve ser considerada materialmente típica [...]* (BRASIL, STF, HC n. 97.772/RS).
- A forma qualificada do delito praticado pelo ora paciente, com emprego de artifício, ardil (chave falsa) e mediante concurso de agentes, e a reincidência delitiva do agente, são suficientes para demonstrar a significativa ofensividade da conduta, sua periculosidade social e expressivo grau de reprovabilidade de seu comportamento, motivos estes bastantes ao afastamento do princípio da insignificância.* (BRASIL, STF, HC n. 90.747/PR). No mesmo sentido: (BRASIL, STF, HC n. 70.747/RS e BRASIL, STF, HC n. 96.757/RS) entre outros.
- 16 *Além disso, o Paciente subtraiu da vítima, a desoras da noite, ‘duas toalhas de mesa, um par de chinelos, marca Havaianas, um par de meias e uma jaqueta de nylon, objetos avaliados conjuntamente em R\$ 143,00,’ valor baixo, é certo, porém, para cometer o delito, entrou na residência da vítima forçando as grades da porta da residência da vítima demonstrando seus descomprometimento com os valores tutelados pelo direito, o que poderia, até mesmo, gerar consequências imprevisíveis se deparasse com os moradores da casa.* (BRASIL, STF, HC n. 97.772/RS)

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 1999.
- BITENCOURT; Cezar Roberto. *Manual de Direito*

- Penal*: parte geral. 5ª ed. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 559.904/RS – Questão de Ordem. Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 07 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- _____. Habeas Corpus n. 70.747/RS. Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Rezek. Brasília, DF, 07 dez. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- _____. Habeas Corpus n. 77.003/PE. Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 jun. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- _____. Habeas Corpus n. 90.747/PR. Segunda Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 01 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- _____. Habeas Corpus n. 93.453/RS. Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 23 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- _____. Habeas Corpus n. 94.765/RS. Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 09 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- _____. Habeas Corpus n. 96.688/RS. Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 12 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- _____. Recurso em Habeas Corpus n. 96.813/RJ. Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 31 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- _____. Habeas Corpus n. 96.757/RS. Primeira Turma, Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 03 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- _____. Habeas Corpus n. 97.051/RS. Primeira Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 01 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- _____. Habeas Corpus n. 97.772/RS. Primeira Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 03 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- _____. Habeas Corpus n. 97.927/RS. Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 02 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- _____. Habeas Corpus n. 98.152/MG. Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 01 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- _____. Habeas Corpus n. 100.316/SC. Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 15 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.
- BRODT; Luiz Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio. *Crítérios determinantes do princípio da insignificância*. 2004. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br>>. Acesso em 21/07/2010.
- _____. *O princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*: parte general. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- _____; _____; _____; BATISTA,

Nilo. *Direito penal brasileiro*, v. 2, 1. Rio de Janeiro: Renavan, 2010.

Artigo recebido em 8/9/2011.

Artigo aprovado em 21/9/2011.

Sirlene Nunes Arêdes é procuradora-geral adjunta da Câmara Municipal de Belo Horizonte e professora de cursos de Direito em Belo Horizonte-MG.