

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

ANDRÉ ROSSIGNOLI

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ÂMBITO
DA POLÍCIA JUDICIÁRIA**

MARÍLIA
2010

ANDRÉ ROSSIGNOLI

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ÂMBITO DA
POLÍCIA JUDICIÁRIA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito. (Área de Concentração: Teoria Geral do Direito e do Estado)

Orientador:
Prof. Dr. JAIRO JOSÉ GÊNOVA

MARÍLIA
2010

Rossignoli, André

A aplicação do princípio da insignificância no âmbito da polícia judiciária/ André Rossignoli; orientador: Jairo José Gênova. Marília, SP 105 f.

Trabalho de Curso – Curso de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, SP, 2010.

- 1. Princípios Constitucionais Penais**
- 2. Princípio da Insignificância**
- 3. Exclusão da Tipicidade Material**
- 4. Reconhecimento pela Polícia Judiciária**

CDD:

ANDRÉ ROSSIGNOLI

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ÂMBITO DA
POLÍCIA JUDICIÁRIA

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para a obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria Geral do Direito e do Estado.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Jairo José Gênova

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Marília, 10 de novembro de 2010.

Para Mônica e nossos filhos, Matheus e Amanda, aos quais agradeço o apoio, compreensão, paciência e incentivo nos momentos mais difíceis.

Toda pena, que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico.

CESARE BECCARIA

ROSSIGNOLI, André. **A aplicação do princípio da insignificância no âmbito da polícia judiciária**. 2010. 104 f. Dissertação do Programa de Mestrado em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia, no âmbito de sua atuação à frente da polícia judiciária. Ao realizar o juízo de subsunção do fato à norma, devem levar em consideração, além dos princípios constitucionais penais, explícitos e implícitos, dispostos na Constituição Federal de 1988, os postulados da política criminal, entendendo que a dogmática jurídica penal não se esgota no Direito Penal. O principal objetivo da pesquisa é aprimorar a aplicação do poder punitivo estatal, tornando-o mais justo e proporcional ao fato praticado, além, de repensar a atuação dos delegados de polícia na persecução penal. O Direito Penal deve se preocupar com questões que, verdadeiramente, lesem o bem jurídico penalmente protegido, não sendo crível, no atual estágio em que se encontra, a evolução desta ciência e da sociedade que haja interpretações sobre a existência da infração penal, somente levando em conta o aspecto formal do tipo penal, como se fazia no início do século XVIII. O Direito Penal deve ser o do caso concreto, e não só a mera subsunção do fato à norma, em que se esquece da consequência justa de sua aplicação. O princípio da insignificância atua restringindo a interpretação do tipo penal de forma a excluir a tipicidade material da conduta punível. Foi utilizado na investigação o método dedutivo, com o estudo global do Direito Penal brasileiro e indutivo, buscando a reunião das principais posições na doutrina e na jurisprudência sobre o tema. Concluindo que os delegados de polícia, em face de sua função constitucional, têm o dever legal de analisar, também, o âmbito material dos tipos penais, decidindo por não dar início à persecução penal do Estado diante de uma conduta que entenda insignificante para o Direito Penal.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais Penais. Política Criminal. Princípio da Insignificância. Delegado de Polícia.

ROSSIGNOLI, André. **The principle of insignificance in the context of the judicial police.** 2010. 104 f. Thesis Master's Program in Law. Centro Universitario Euripides Marília, Education Foundation “Euripides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

ABSTRACT

This thesis aims to study the possibility of applying the principle of insignificance by police officers as part of their performances in front of the judicial police. In carrying out the judgments of subsumption the fact the standard should take into consideration, besides the criminal constitutional principles, both explicit and implicit, arranged in the Constitution of 1988, the postulates of criminal policy, understanding that legal dogmatics is not limited to criminal law Criminal. The main research objective is to improve the application of punitive power state, making it more fair and proportionate to the fact practiced, in addition, to rethink the role of police officers in criminal prosecution. The Criminal Law should be concerned with issues that truly damaging the legal criminally protected and is not credible in the current stage it is in the evolution of science and society that there are interpretations of the existence of a criminal offense, only taking into account the formal aspect of the offense like we did in the early eighteenth century. The Criminal Law should be the case, and not just the mere fact of the subsumption rule, which just forgets the result of your application. The principle of insignificance acts restricting the interpretation of the offense in order to exclude the typical stuff of criminal behavior. We used the deductive method with the global study of Brazilian criminal law and inductive seeking a meeting of key positions in doctrine and jurisprudence on the subject. Concluding that the police chiefs in the face of his constitutional functions, have a legal duty to consider the substantive scope of criminal types, by deciding not to initiate criminal prosecution of the state, before a conduct, which it considers insignificant to the
Right Criminal.

Keywords: Criminal Constitutional Principles. Criminal Policy. Principle of Insignificant. Chief of Police.

LISTA DE ABREVEATURAS E SIGLAS

Ag. Reg: Agravo Regimental

Art.: Artigo

CP: Código Penal

CPM: Código Penal Militar

CPP: Código de Processo Penal

DGP: Delegacia Geral de Policia

HC: Habeas Corpus

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
Capítulo 1 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL.....	14
1. Princípios constitucionais.....	14
1.2 Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.....	19
1.3 Princípio constitucional da legalidade.....	21
1.4 Princípio constitucional da intervenção mínima.....	23
1.5 Princípio constitucional da ofensividade ou conduta ofensiva - <i>nullum crimen sine iniuria</i>	25
1.6 Princípio constitucional da materialização do fato - <i>nullum crimen sine action</i>	27
1.7 Princípio constitucional da proporcionalidade ou razoabilidade.....	28
1.8 Princípio constitucional da exclusiva proteção do bem jurídico.....	29
1.9 Princípio constitucional da responsabilidade pessoal.....	32
1.10 Princípio constitucional da responsabilidade subjetiva.....	33
1.11 Princípio constitucional da igualdade.....	34
Capítulo 2 - TENDÊNCIAS DA POLITICA CRIMINAL.....	37
2. Objetivos da política criminal.....	37
2.1 Movimento de lei e ordem.....	39
2.2 Abolicionismo	42
2.3 Minimalismo penal.....	44
Capítulo 3 - DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	50
3. Conceito de princípio da insignificância.....	50
3.1 Princípio da insignificância e tipicidade material.....	57
3.2 Princípio da insignificância e exclusão da tipicidade material.....	60
3.3 Fatos insignificantes e crime de bagatela impróprio.....	62
3.4 O princípio da insignificância e os crimes patrimoniais.....	63
3.5 O princípio da insignificância e sua aplicação na Justiça Militar.....	67
3.6 O princípio da insignificância e os delitos tributários e de descaminho....	68
3.7 A aplicação do princípio da insignificância nos delitos contra a Administração Pública.....	70
3.8 O princípio da insignificância e o porte de droga.....	72
3.9 Os atos infracionais e o princípio da insignificância.....	73
3.10 Aplicação do princípio da insignificância em crimes ambientais.....	73
3.11 Princípio da insignificância e crimes de prefeitos.....	74
3.12 Crimes contra a relação de consumo e o princípio da insignificância.....	75
3.13 Princípio da insignificância e a lesão corporal.....	76
Capítulo 4 - O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SEU RECONHECIMENTO PELO DELEGADO DE POLÍCIA.....	77
4. Atribuições constitucionais dos delegados de polícia na Constituição Federal de 1988.....	77
4.1 Prisão em flagrante e o princípio da insignificância.....	79
4.2 O inquérito policial e o princípio da insignificância.....	86
4.3 Arquivamento da notícia crime e o conhecimento pelo Poder Judiciário e Ministério Público.....	90

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	95
REFERÊNCIAS	97

INTRODUÇÃO

No início da década de 70, com a edição da obra *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal (Kriminalpolitiki und Strafrechtssys)* do alemão Claus Roxin, a comunidade jurídica, em especial a das ciências penais, começou a ver que seria possível a introdução de critérios da Política Criminal na dogmática-jurídica penal, criando, a partir de então, um sistema jurídico aberto que possibilitasse, assim, a punição do infrator da norma de acordo com cada caso em concreto. Até então, a aplicação do Direito Penal era feita de acordo com o exclusivo desejo do que estava expresso no texto legal, de maneira formalista-legalista e acrítica, o que implicava, não raras vezes, punições desproporcionais.

No Brasil, em um primeiro momento, predominou a teoria causalista do delito, tendo como maiores expoentes: Bento de Faria, Néelson Hungria, Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, dentre outros. Desse período (década de 70) até os dias atuais, preponderou a teoria finalista da ação, sendo seus principais representantes: René Ariel Dotti, Francisco de Assis Toledo, Damásio Evangelista de Jesus, Julio Frabini Mirabete, Tavares, Cirino dos Santos, César Roberto Bitencourt, Geraldo Prado, Fernando Capez, Guilherme de Souza Nucci etc.

Podemos, então, dividir a dogmática penal, até o início de sua transformação (introdução da Política Criminal no Sistema Jurídico Penal), ou seja, no pensamento jurídico penal valorativo ou material, em: 1) positivista naturalista (teoria causal da ação); 2) neokantista (teoria dos valores); e 3) finalista (teoria finalista da ação) – o causalismo, o neokantismo e o finalismo.

Todos os estudiosos do Direito Penal do século XX, que construíram suas doutrinas sobre as bases eminentemente positivistas, ou seja, a mera interpretação da lei penal e sua sistematização, entendem assim como Binding, que é o pai do Positivismo Jurídico que a Ciência do Direito Penal esgota-se na dogmática penal.

A doutrina do Direito Penal não se voltou para outras ciências afins relacionadas com a dogmática-jurídico penal. Não estudaram e integraram a Criminologia e muito menos se aprofundaram na Política Criminal, em especial sob a perspectiva constitucional, levando-se em conta, para a interpretação dos institutos do Direito Penal, os valores constitucionais. Afastaram-se da realidade e elaboraram um Direito Penal estritamente formalista e conservador. Não se preocuparam com a construção e a evolução da ciência penal, permanecendo acríticos e neutros.

Sempre imaginaram que o legislador retratasse a síntese do pensamento da sociedade e enaltecendo-o, nunca contestaram a desordenada legislação penal existente. Isso mudou.

Logo se vê que os critérios políticos-criminais (regras ou princípios que procuram desenvolver ou nortear um Direito Penal voltado para a redução da criminalidade, preocupando-se com os próprios efeitos danosos que o poder punitivo causa), devem ser levados em consideração desde o momento anterior à própria existência do Direito Penal, ainda no processo legislativo, passando pela fase judicial indo até a execução da decisão jurisdicional.

A tese primeira, defendida pelo jurista alemão Von Liszt, na qual a Política Criminal e o Direito Penal eram vistos de forma adversa, acha-se, hoje, superada pela nova concepção. Para a ciência criminal moderna, as valorações político-criminais fundamentam o sistema do Direito Penal e a interpretação de suas categorias.

Um dos exemplos de aplicação dos critérios de Política Criminal (o movimento minimalista) no Direito Penal é revelado pelo princípio da insignificância, que não tinha nenhum espaço dentro do sistema do Direito Penal formalista, legalista, onde bastava a mera subsunção do fato à letra da lei para se aplicar a sanção penal. Na proporção em que a Política Criminal, que encontra sustentação nos valores constitucionais, da Constituição Federal de 1988, interfere na aplicação do Direito Penal, não se pode mais ver a tipicidade de forma ou puramente formal.

Só pode ser típico fato que ofenda de forma relevante o bem jurídico protegido pela norma, ou seja, em sendo a ofensa irrelevante ou insignificante, embora o fato possa ser formalmente típico, substancialmente ou materialmente não é. O resultado jurídico é insignificante, logo não há tipicidade material, não há crime, não há fato punível, ao menos no âmbito penal – *mínima non curat praetor*. O Direito Penal não se aplica, pois não há necessidade, pois, em face da vinculação Constituição-Direito Penal, este possui um caráter subsidiário, de *ultima ratio*.

Diante do exposto, não se pode deixar de ressaltar que, tanto a Política Criminal quanto o Direito Penal, devem ser guiados pelos princípios (vetores de otimização) e regras, ou seja, pelos valores dispostos no texto constitucional, pois isso é a síntese do desejo de uma sociedade. Os princípios constitucionais-penais, explícitos ou implícitos atuam como limites do *jus puniendi* estatal.

O que aqui se objetiva, primordialmente, é pesquisar a possibilidade dos Delegados de Polícia, ao tipificarem as condutas praticadas por pessoas detidas ou investigadas, realizar

juízo de valor quanto à tipicidade material do fato e, em se convencendo da insignificância penal do mesmo, não dar início à persecução penal do Estado, ou então, em caso de segregação feita por agentes policiais, determinar a soltura imediata do preso. Por consequência, ocorrerá a melhor aplicação do poder punitivo estatal para o caso concreto.

O procedimento metodológico a ser utilizado na presente pesquisa será o dedutivo e o indutivo. Pelo método dedutivo, busca-se a análise global do sistema penal brasileiro e a necessidade de repensar a atuação dos Delegados de Polícia dentro dele. Pelo indutivo, buscar-se-á a reunião das principais posições na doutrina e na jurisprudência acerca do tema com a finalidade de definir o entendimento majoritário ou o correto, realizando-se a coleta de dados, a partir de diversas obras, artigos e, principalmente, jurisprudências relativas à aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal brasileiro, bem como, ainda, a experiência profissional.

No capítulo 1, busca-se demonstrar que os princípios constitucionais penais devem atuar como alicerces, vigas de todo o sistema punitivo estatal, não deixando margem de interpretação de que hoje não são meros postulados a serem atingidos pelo agente do Direito. Os princípios constitucionais voltados para o âmbito penal são normas cogentes e vinculantes a serem seguidas pelos interpretes e aplicadores da lei penal. Serão elencados os principais princípios constitucionais penais dispostos na Constituição Federal de 1988, em especial o da dignidade da pessoa humana, farol que deve guiar a interpretação dos demais princípios. No capítulo 2, pretende-se evidenciar que, hoje, a Política Criminal deve ser aplicada de forma a se interrelacionar com o Direito Penal, estabelecendo a nova dogmática jurídico-penal. E, também, deve encontrar sustentação nos valores espriados pela Constituição Federal de 1988. Serão relacionados os principais movimentos de Política Criminal e a sua influência na aplicação do Direito Penal, ficando claro que o movimento que mais se aproxima do que foi escolhido pelo legislador constituinte foi o movimento minimalista, no qual o Direito Penal deve ser aplicado de forma subsidiária e fragmentária.

No capítulo 3, busca-se comprovar a existência do princípio da insignificância no Direito Penal brasileiro, sua origem, fundamentação no âmbito constitucional e quais os vetores necessários para o seu reconhecimento nos casos concretos. Pretende-se mostrar que o princípio da insignificância está ancorado nos princípios constitucionais penais e no movimento de Política Criminal denominado de minimalismo penal, sendo que o seu reconhecimento afasta, por completo, a tipicidade material do fato típico.

No último capítulo, o de número 4, o objetivo é de se comprovar a possibilidade de os Delegados de Polícia, ao realizarem juízo de valor jurídico quanto à existência das

infrações penais, reconhecerem a atipicidade material do fato, em razão de sua insignificância para o sistema punitivo criminal, determinando, de forma fundamentada, o arquivamento dos registros feitos, não iniciando a persecução penal do Estado.

Por fim, conclui-se que o Direito Penal deve ser interpretado e aplicado pelo agente do direito de acordo com sua evolução no tempo. Não é possível que Delegados de Polícia tenham que ratificar a voz de prisão em flagrante dada por seus agentes ou iniciar a persecução penal, via inquérito policial, quando a conduta praticada, por ser insignificante, não lesione o bem jurídico protegido pela norma penal. O Direito Penal deve ser o do caso concreto, o dos precedentes jurisprudenciais, a da justa solução e não o do formalismo asséptico e acríptico que gera decisões desproporcionais e injustas, que ofendam inclusive a dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO 1 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

1 Princípios constitucionais

Em face da suposta vagueza de seu conteúdo e de dispositivos sem a cominação de uma sanção, sempre foram os princípios constitucionais tidos como meros conselhos, advertências, preceitos de ordem moral e até política a que estaria vinculado o intérprete da norma infraconstitucional. Seriam intenções postas pelo legislador constitucional e a serem atingidas pelo aplicador da norma (juiz ou interprete). Na visão desses estudiosos, os postulados da Constituição Federal seriam o ponto limite entre o social, o que deseja o legislador e o jurídico, porém, nunca a reunião de normas jurídicas. Todavia hoje, não mais.

A norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo, põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam. (ROCHA, 1994, p. 26 apud ROTHENBURG, 2003, p. 14).

O termo, princípio, aqui exposto aparece muito mais no sentido de algo que serve de fundamento para outros assuntos, que o “início” ou o ponto de partida de alguma coisa. Os princípios constitucionais fundamentam e alicerçam todo o sistema jurídico inferior.

Os princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios “certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidência, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos como seus pressupostos necessários.” (ROTHENBURG, 2003, p. 14).

Questão importante de ser dita é a de que pelo fato dos princípios serem dotados de certa generalidade e de conteúdo aberto, sua interpretação é mais flexível, podendo se adequar às várias situações que ocorrem no cotidiano, logo, atendendo à evolução social.

Conforme Gomes (2002, p.14): “os princípios não se regem pela lógica do tudo ou nada e, justamente por isso são definidos como *Optimierungsgebote*, ou seja, normas suscetíveis de um indefinido processo de otimização e aperfeiçoamento”.

Por definição, princípio é o mandamento nuclear de um sistema, o verdadeiro alicerce e estrutura dele; é a disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência,

exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no qual lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (LOPES, 2000, p. 33).

É preciso, ainda, distinguir os princípios das regras, em que pese ambos serem tidos como normas. Conforme dito acima, os princípios possuem um alto grau de abstração; são vagos e indeterminados; são gerais, porque comportam uma série indefinida de aplicações, exercendo função de fundamento no ordenamento jurídico, sendo normas que objetivam a otimização de um direito ou bem jurídico. O conflito entre princípios resolve-se pela ponderação de bens e valores envolvidos, sem que nenhum deles seja suprimido. Já, nas regras, a abstração é reduzida; permitem a aplicação direta, sendo gerais, porque são estabelecidas para um número indeterminado de fato; prescrevem comportamentos e obedecem, no dizer de Dworkin, à lógica do “tudo ou nada”, ou seja, são aplicáveis a uma determinada situação ou não. (QUEIJO, 2002, p. 588).

Os princípios podem se diferenciar das regras quando se analisam alguns critérios, dentre eles: a) alto grau de abstração, maior nos princípios, menores nas regras; b) grau de determinabilidade no caso concreto, pois os princípios carecem de mediações concretizadoras, e as regras, suscetíveis de aplicação direta; c) os princípios têm um caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito, isto é, têm posição hierárquica mais alta e importância estruturante dentro do sistema; d) os princípios são modelos jurídicos vinculantes nas exigências de justiça ou na idéia de Direito, enquanto as regras podem ser apenas de natureza funcional; e) o caráter normogenético dos princípios, isto é, os princípios são fundamentos das regras. (CANOTILHO, 1999, p. 1086).

Ao afirmar que os agentes do Direito empregam princípios e não regras é admitir, que os dois são espécies de normas, e a diferença é o caráter lógico. Embora orientem para decisões específicas sobre questões jurídicas, diferem pelo cunho da orientação que sugerem. Assim, as regras, ao contrário dos princípios, indicam consequências jurídicas que se seguem automaticamente, quando ocorrem as condições previstas.

Um princípio não determina as condições que tornam uma aplicação necessária. Ao revés, estabelece uma razão, um fundamento que impele o intérprete numa direção, mas que não reclama uma decisão específica única. Daí, acontecer que um princípio, numa determinada situação, e frente a outro princípio, não prevaleça, o que não significa que ele perca a sua condição de princípio, que deixe de pertencer ao sistema jurídico. Quando os princípios conflitam, para resolvê-los é necessário ter, em consideração, o peso relativo a cada um.

Para Alexy (2008, p. 81), o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que estes são mandados de otimização, isto é, são normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes; que podem ser cumpridos em diferentes graus e que, a medida devida de seu cumprimento, depende não somente das possibilidades reais, mas também, jurídicas.

Por sua vez, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então, há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Elas contêm, pois, determinações, no âmbito do fático e juridicamente possível.

Todavia, onde a distinção entre regras e princípios se mostra mais claramente é na colisão de princípios e no conflito de regras. Embora apresentem um aspecto em comum, o fato das duas normas, aplicadas independentemente, conduzirem a resultados incompatíveis, diferenciam-se, fundamentalmente, na forma como se soluciona o conflito.

Os conflitos de regras, como dito acima, se resolvem na dimensão de validez, ou seja, somente podem ser solucionadas introduzindo uma regra de exceção. Com efeito, uma regra vale ou não. Conforme leciona Brega Filho (2002, p. 51) “os princípios são superiores às demais normas, surgindo a primeira razão de uma hierarquia, a qual determinará que os princípios tenham maior peso, maior influência, maior importância, na interpretação das normas constitucionais”.

Nesse ponto, convém ressaltar que os princípios de direito, e notadamente as regras constitucionais, são equiparados, como vimos, a normas jurídicas no tocante às características de coercitilidade e de imperatividade, logo, não são meros ditames de obediência contingente ou facultativa, mas sim normas jurídicas de aspecto principiológico dotadas de poder vinculante.

No que concerne ao âmbito penal, é certo que as Constituições dos países, desde o século XVIII até as contemporâneas, contêm, uma série de princípios que ou são especificamente penais, ou pertinentes à ceara penal. Até porque, a partir daquele século, conjuga-se, o constitucionalismo¹, que teve seu marco em 1215, quando os barões da Inglaterra obrigaram o Rei João Sem Terra a assinar a Magna Carta, limitando os seus

¹ Constitucionalismo é como se denomina o movimento social, político e jurídico e até mesmo ideológico, a partir do qual emergem as constituições nacionais. Em termos genéricos e supra-nacionais, constituir-se parte do estabelecimento de normas fundamentais de um ordenamento jurídico de um Estado, localizadas no topo da pirâmide normativa, ou seja, sua constituição. Seu estudo implica, deste modo, uma análise concomitante do que seja constituição com suas formas e objetivos. O constitucionalismo moderno, na síntese de Canotilho "é uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos."

poderes, com a luta contra o absolutismo, buscando a limitação de poderes do monarca, com a influência do Jusnaturalismo² e do Iluminismo³, no âmbito penal. (DALARI, 2010).

A Constituição se projeta no sistema penal (vetor Constituição-sistema penal). As disposições constitucionais vinculam o funcionamento desse sistema e nele se concretizam. Ora, concretizar as normas (princípios e regras) e valores constitucionais é realizar o objetivo da Constituição Federal no seio da sociedade e no cerne do sistema jurídico. De nada adianta enunciar direitos sem concretizá-los efetivamente. (BARROSO, 2002, p.85). É assim que deve ocorrer no sistema criminal brasileiro.

Segundo Luisi (2003, p. 12):

Nas Constituições que são expressões do Rechtsstaats as normas concernentes ao Direito Penal se traduzem em postulados que em defesa das garantias individuais, condicionam restritivamente a intervenção penal do Estado. (...) ou seja: um novo direito criminal onde os princípios inarredáveis da herança iluminista se mesclam em convívio, às vezes tenso, mas plenamente possível, com os imperativos de justiça material.

A presença da matéria penal nas Constituições contemporâneas se faz através de princípios especificamente penais, ou seja, de princípios de Direito Penal constitucional e de princípios constitucionais influentes em matéria penal.

O sistema punitivista pátrio, como fruto de uma opção político-criminal oriundo de um modelo jurídico-político de Estado, fundado na dignidade da pessoa humana, como valor máximo, passa a ser um dos “espaços” de materialização da axiologia (valoração) constitucional.

Os princípios constitucionais de Direito Penal delimitam a relação penal do Estado, visando a garantir a exigência de segurança jurídica formal e material imposta pelo Estado Democrático de Direito. Esses princípios constitucionais são de orientação cogente básica ao legislador infraconstitucional e ao interprete da norma.

O Direito Penal, obedecendo e se submetendo aos princípios (*lex superior*) adotados pela Constituição Federal, define formas vinculantes de conduta e sanções para quem

² Jusnaturalismo é uma teoria que postula a existência de um direito cujo conteúdo é estabelecido pela própria natureza da realidade e, portanto, válido em qualquer lugar e sob qualquer circunstância.^[1] A expressão "direito natural" é por vezes contrastada com o direito positivo, ou juspositivismo, de uma determinada sociedade, o que lhe permite ser usado, por vezes, para criticar o conteúdo daquele direito positivo. Para os jusnaturalistas (isto é, os juristas que afirmam a existência do direito natural), o conteúdo do direito positivo não pode ser conhecido sem alguma referência ao direito natural.

³ Iluminismo é um conceito que sintetiza diversas tradições filosóficas, sociais, políticas, correntes intelectuais e atitudes religiosas. Pode-se falar mesmo em diversos micro-iluminismos, diferenciando especificidades temporais, regionais e de matiz religioso, como nos casos de Iluminismo tardio, Iluminismo escocês e Iluminismo católico.

descumpri-las. “Isto demonstra o caráter sancionador desse conjunto de normas, que tem como complemento a tutela constitucional” (SYLLA, 2000, p. 103).

Pois bem, a Constituição Federal de 1988 traz de forma explícita e implícita, em seu bojo, diversos princípios (mandados de otimização, vinculantes) de Direito Penal constitucional ou, então, princípios constitucionais relacionados à matéria criminal. “A sua tônica, é a afirmação dos direitos do homem e do cidadão e a limitação do papel do Estado a garantir a efetivação e a eficácia dos mencionados direitos, principalmente no que concerne à inviolabilidade da liberdade individual e da propriedade” (LUIZI, 2003, p. 12-13).

Aliás, se entendermos que o preâmbulo é parte integrante da Constituição Federal, com todas as suas decorrências, uma vez que, não se distingue do restante do texto constitucional, temos que os princípios nele contidos também devem ser chamados, da mesma forma que os contidos no corpo do texto constitucional. Poderíamos, conforme leciona novamente Sylla (2000, p. 104), dizer que: “o preâmbulo do texto constitucional de 1988 é que rege com harmonização os princípios e disposições da Constituição Federal”.

São exemplos de alguns princípios (normas cogentes) constitucionais penais específicos: o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos; o da intervenção mínima; o da materialização do fato; o da ofensividade; da responsabilidade pessoal; da responsabilidade subjetiva; o da culpabilidade; o da proporcionalidade; da humanidade; da dignidade da pessoa humana; o da igualdade e o da legalidade. Alguns são explícitos como a dignidade da pessoa humana, igualdade, legalidade etc, outros são implícitos (lesividade ou ofensividade, intervenção mínima e insignificância), porém todos são princípios estruturantes do Estado constitucional e influenciam a Política Criminal e a dogmática penal.

Conforme acima visto, os princípios constitucionais, ordenações estruturantes do sistema de Direito Penal, podem estar expressamente recepcionados no texto da Constituição Federal ou simplesmente implícitos, não enunciado expressamente, mas que defluem do sistema Constituição-Direito Penal e desempenham papel decisivo no processo de aplicação do direito criminal. De qualquer sorte, todos se acham vinculados ao princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana.

As vias de introdução dos valores constitucionais no sistema penal devem ocorrer mediante a atuação do legislador, com a edição de leis com atribuição constitucional, ou pela via jurisdicional quando decidem no caso concreto, realizada pelo juiz ou pelos agentes do Direito que o interpretam. Para Palazzo (1989, p. 30):

A “penetração” dos valores constitucionais no corpo do sistema penal (como de resto, no de qualquer outro ramo do ordenamento) pode ocorrer mediante

a “via legislativa”, por intermédio de leis de atuação constitucional, ou pela “via jurisdicional”, entendendo-se como tal não apenas o trabalho de adequação do magistrado a quanto se contenha nas malhas da lei, mas principalmente, a decisiva atividade da Corte constitucional.

A constitucionalização do Direito nada mais é que a irradiação dos efeitos das normas ou valores constitucionais aos ramos do Direito. O sistema penal, além de ser um ambiente de concretização, deve ser, também, o resultado de uma junção sistemática com o fundamento constitucional. Por isso não é só a Constituição que se projeta no sistema penal, mas é também o sistema penal que se fundamenta na Constituição.

Pois bem, passemos a análise abreviada de alguns dos princípios constitucionais penais ou que se relacionam com as matérias abrigadas no texto constitucional e que, como visto acima, estrutura e vincula a interpretação, como norma jurídica que são, o sistema criminal brasileiro.

1.2 Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

O que caracteriza o ser humano e o faz dotado de dignidade especial é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. Cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado.

A pessoa é, nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza. É, igualmente, a raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito. A dignidade da pessoa é um valor que deve ser defendido pelo Estado como um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. É, portanto, dever do agente do Direito “interpretar a Constituição Federal de 1988 observando este princípio, ou seja, qualquer, escólio que não garanta a dignidade humana, haverá de ser tida como inconstitucional”. (BREGA FILHO, 2002, p. 58)

Nas várias manifestações do Cristianismo, por exemplo, é relativamente uniforme a adoção do ditame da preservação do homem. Com efeito, o fundamento teológico cristão para a proteção da dignidade do homem encontra-se no axioma de que a pessoa humana, criada por Deus à sua imagem e semelhança e remida por Cristo, tem necessariamente uma condição que exige a Liberdade e a Justiça como prioridades sobre todas as coisas materiais que lhe possam degradar ou escravizar.

Impõe-se, por conseguinte, a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade. A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais; o valor que atrai a realização dos direitos fundamentais.

No plano jurídico, a valorização da noção da dignidade humana está intimamente ligada aos movimentos constitucionalistas modernos. O valor moral da dignidade da pessoa humana foi consagrado como valor constitucional na Declaração de Direitos de Virginia, que precedeu a Constituição americana de 1787, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que resultou da Revolução Francesa.

O princípio da dignidade da pessoa humana configura a base de todos os demais princípios, assim como do próprio modelo de Estado que adota a Constituição Federal de 1988. Ocupa lugar no centro dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, demonstrando que eles apresentam não apenas um caráter subjetivo, mas também cumprem uma função estruturante do Estado constitucional democrático.

Apesar de ser possível sua dedução dos textos constitucionais mais antigos que protegiam as liberdades fundamentais, a expressa positivação do ideal da dignidade da pessoa humana é bastante recente. Com algumas exceções, somente após sua consagração da Declaração Universal da ONU de 1948 é que o princípio foi expressamente reconhecido na maioria das Constituições, como por exemplo: Alemanha (art. 1º, I), África do Sul (arts. 1º, 10 e 39), Bélgica (art. 23), Bolívia (art. 6, II), Bulgária (preambulo), Cabo Verde (art. 1º), Itália (art. 3º), sendo que na União Europeia o acatamento ao princípio é comum a todas as Constituições.

Segundo Bonavides (2000, p.155-176), no Brasil, país cuja trajetória constitucional foi bastante conturbada e cuja realidade política esteve sempre sob jugo de períodos ditatoriais poucas vezes atenuados, o ideal de proteção da dignidade da pessoa humana somente foi reconhecido formalmente na ordem positiva com a promulgação da Constituição de 1988.

A noção de dignidade da pessoa humana funde-se com a definição material de Constituição, já que a preocupação com o ser humano consagrou-se como uma das finalidades constitucionais. A Constituição é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando à proteção e à

promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo. (DALLARI, 1984, p.21-22).

Dentre os fundamentos da Constituição Federal de 1988, está a preservação da dignidade da pessoa humana eleita como um princípio estruturante ao atual Estado brasileiro – art. 1º, inciso III – princípio esse sob o qual se deve edificar, materialmente, esse Estado Constitucional de aspiração social e democrática. A proteção da dignidade da pessoa humana transcende às generalidades teórico-políticas e projeta-se para o campo jurídico-político-pragmático de realização, assumindo tanto seu papel de conformação política, quanto o papel de promoção de justiça e defesa do homem.

O valor normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. O valor que conduz, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer interpretação ou conflito entre princípios deve ser resolvido tendo como norte o princípio da dignidade humana, bem como, qualquer violação a princípios outros no âmbito penal, afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O juiz não pode, por exemplo, aplicar pena degradante, humilhante ou vexatória. O dever punitivo do Estado não pode aplicar sanção que atinja a dignidade da pessoa humana ou que lese a constituição dos condenados.

A dignidade da pessoa humana é a pedra angular sobre a qual deve ser construída toda a estrutura do sistema penal. O princípio constitucional da proteção e da promoção da dignidade do homem é a célula-mãe desse sistema e, por isso, também seu fundamento máximo. (CARVALHO, 1992, p. 24-28).

A proibição de penas cruéis e infamantes, de tortura e maus-tratos, é obrigação imposta ao Estado, que deve dotar sua infra-estrutura de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados. Segundo Gomes (2003, p. 116), isso ocorreu num caso em que um advogado foi condenado a limpar as ruas de uma determinada cidade. Lembra o autor que limpar ruas não é uma tarefa degradante, em regra, mas para quem tem o título de bacharel em Direito pode sê-lo concretamente, mesmo porque, como diz a Lei de Execução Penal, toda pena deve ser fixada levando em conta a situação de cada condenado.

Assim, em razão do processo de concretização constitucional, o sistema penal, considerado como toda a estrutura organizada para o exercício do “jus puniendi”, deve manifestar, em seu bojo, a necessária influência valorativa-normativa ditada pela Constituição Federal de 1988 e deve retratar uma estrutura que tenha, verdadeiramente, os valores

constitucionais, sobretudo o valor de dignidade da pessoa humana, como limite, como um paradigma e uma finalidade.

1.3 Princípio constitucional da legalidade

O princípio da legalidade está descrito no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 e preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Segundo Moraes (2006, p. 36) “o objetivo principal desse princípio é combater o poder arbitrário do Estado”. Só por meio das espécies normativas, devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional, é que se podem criar obrigações para o cidadão. Segundo Mantovani (1988, p. 77) apud Luisi (2003, p.17) “o princípio da legalidade se desdobra em três postulados. O primeiro, quanto às fontes das normas penais incriminadora. O segundo, quanto à enunciação dessas normas e, por fim, o terceiro, relativo à validade das disposições penais no tempo”.

O primeiro está relacionado à reserva legal explicitamente prescrito no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal vigente, dispondo que: *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*. Desde a nossa primeira Constituição Federal, a de 1824, em seu artigo 179, inciso XII, posteriormente a de 1891 no artigo 72, parágrafo 15, em seguida a de 1934, no inciso 26 do art. 113, já a de 1946 no art. 141, parágrafo 25, em relação a de 1967, no parágrafo 16 do artigo 150 e nos parágrafos 16 do artigo 153 da emenda Constitucional n.º 1 de 17/10/1969, sempre consagraram o postulado da reserva legal (LUIZI, 2003, p. 18).

Vários autores divergem quanto ao surgimento do postulado da reserva legal. Para uns sua origem remonta ao Direito Romano. Manzini (1950, p. 55), citando fragmento do Digesto, aponta neste sentido: “*poena non irrogatur, nis i quae quaquelege vel que alio jure specialiter hic imposita est*”. Para outros como Nelson Hungria a origem do princípio da reserva legal está na Magna Carta de 1215 por dispor que nenhum homem livre pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares. (*nullus liber homo expiatur vel imprisoned, nisi per legale iudicium parium surim vel per legem terrae*). Porém, foi com o discurso maçante dos teóricos do Iluminismo que, realmente, surge como valor político o princípio da reserva legal. Em 1813, o princípio da reserva legal ganha sua enunciação clássica por obra de Ludwing Anselm Von Feuerbach, o fundador da ciência penal alemã moderna. A ele se deve a fórmula latina pela qual o postulado é mundialmente conhecido: “*nullum crime e nulla poena, sine previa lege*”. Fauerbach, também, procura dar

ao princípio em questão um fundamento jurídico, vinculando-o à prevenção geral como fim da pena (LUIZI, 2003, p. 20).

A segunda decorrência lógica do princípio da legalidade, é o da taxatividade, também chamado da “determinação”, segundo o qual, exigem-se que as leis penais, notadamente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível, certas, precisas e objetivas. Não se admitem leis penais que definem tipos vagos ou abertos dando margem a dispares interpretações do julgador. Claro está que esse postulado é dirigido muito mais ao legislador quando da criação da norma penal. Possui índole política.

Disserta, mais uma vez, Luisi (2003, p. 20) que: “a exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre dos propósitos de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com certeza necessária à esfera do ilícito penal”.

Por fim, do princípio da legalidade, decorre o postulado da irretroatividade, segundo o qual a lei penal só alcança fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre fatos anteriores, esses regidos pela lei penal da época. É um complemento da reserva legal.

Não são todos os países que reconhecem o postulado da irretroatividade da norma penal. Alguns códigos consagraram expressamente a retroatividade, como o caso do artigo 3, do Código Penal Soviético de 1922 que previa expressamente a retroatividade, explicável pela exigência de reprimir todos os atos anti-revolucionários que, antes de 1922, não estavam previstos como crimes. Hoje, com a reforma penal que começou em 1958, foi consagrado a irretroatividade da norma penal com um princípio do Direito Penal daquele país. Também na China, a retroatividade da norma penal foi norma vigente até a chegada do novo Código Penal em vigor desde 1º de janeiro de 1980, que estabeleceu a irretroatividade em seu art. 9º.

1.4 Princípio constitucional da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima não se encontra explicitado nas constituições dos países, porém não se concebe que o legislador possa criminalizar qualquer conduta da forma como queira. O objetivo desse princípio constitucional implícito é impor um limitador para se evitar uma legislação inadequada e injusta, fulminando o arbítrio e a intolerância.

Esse princípio, estruturante do sistema penal (dogmática e político criminal) tem raízes iluministas, e consta na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, que em seu artigo 8º, determina que: “*só a lei deve estabelecer penas estreitas e evidentemente necessárias*”.

A Constituição Federal vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, artigo 5º, caput, e põe como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, no artigo 1º, do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvida, desses princípios constitucionais, como enfatizado, pela doutrina italiana e alemã, que: “a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal e para a tutela de bens fundamentais do homem, ou ainda, de bens instrumentais indisponíveis à sua realização social” (LUIZI, 1973, p. 215). O Direito Penal só deve ser utilizado como forma de resolução de conflito, se a ofensa ao bem jurídico protegido foi atacado de forma grave e intolerável, do contrário, não pode ser o ramo do Direito utilizado.

O que caracteriza o chamado Direito Penal mínimo ou de intervenção mínima, princípio implícito no ordenamento constitucional brasileiro é a sua característica de ser fragmentário e subsidiário. A fragmentariedade do Direito Penal, por sua vez, possui duas dimensões, ou seja, somente os bens mais relevantes devem merecer a tutela penal e somente os ataques mais intoleráveis é que devem ser punidos penalmente.

Como se vê, o Direito tem condições de oferecer aos bens uma proteção diferenciada, que pode ser civil, administrativa, penal etc. “A tutela penal deve ser reservada para aquilo que efetivamente perturba o convívio social, em outras palavras, ao estritamente necessário” (GOMES, 2003). Se outras formas de sanção, ou se outro meio de controle social se revelar suficiente para a tutela desse bem, sua criminalização não é recomendável.

Ataques ínfimos, irrisórios, devem ser regidos pelo princípio da insignificância, que encontra fundamento de validade no princípio da intervenção mínima do Direito penal. O princípio da insignificância tem como fundamento a fragmentariedade do Direito Penal. Não é exatamente a mesma coisa que intervenção mínima, senão uma manifestação dela. O mesmo pode-se dizer do princípio da adequação social ou do princípio da irrelevância penal do fato. Condutas ou resultados socialmente adequados, tolerados, como por exemplo, a perfuração da orelha da criança para a colocação de brincos, pequenas lesões nas relações sexuais, maltratar animais nos rodeios etc., não entram no âmbito do Direito Penal (do tipo penal, considerado em sentido material).

De outro lado, e como expressão da intervenção mínima, o Direito Penal é subsidiário, isto é, só tem lugar, quando outros ramos do Direito não solucionam satisfatoriamente o conflito. O Direito Penal, em suma, é Direito de “*ultima ratio legis*”, deve ser utilizado como último guardião, somente quando as demais normas de Direito se

revelarem incapazes de dar a tutela devida aos bens relevantes da vida do indivíduo e da sociedade.

Segundo Sylla (2000, p. 117), a razão do princípio da intervenção mínima “radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, que o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social”.

Do princípio constitucional da intervenção mínima do Direito Penal, extrai-se a regra de que ataques ínfimos ao bem jurídico protegido pelo Direito Penal não deve ser considerado infração penal. A insignificância do resultado jurídico ou da conduta do agente não tem o condão de gerar fato típico a ser punido mediante sanção penal. Como princípio constitucional que é, vincula e obriga a todos os interpretes da norma penal.

1.5 Princípio constitucional da ofensividade ou conduta ofensiva – (*nullum crimen sine iniuria*)

Segundo este princípio, implícito no texto constitucional brasileiro, o fato cometido para se transformar em fato penalmente punível, deve afetar concretamente o bem jurídico protegido pela norma. Não há crime (sob o âmbito formal e material) sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado – *nullum crimen sine iniuria*.

Por força do princípio que estamos analisando, se o fato não for ofensivo materialmente não haverá crime. Não há tipicidade material. Do princípio da necessária ofensividade do delito, que tem como pressuposto a obrigação para o legislador de recorrer à sanção penal exclusivamente quando, presente a necessidade de tutelar um bem jurídico e a indispensável individualização do bem jurídico protegido, decorre a consequência inarredável de que o juiz deve não só verificar em cada caso se o fato concreto corresponde à descrição típica, mas também atentar se está presente a efetiva ofensividade, a lesão ou o perigo concreto de lesão, que mostra a denominada tipicidade material.

Não se pode duvidar da existência da necessidade da demonstração da ofensividade no plano normativo, entendendo o delito como a ofensa ao bem jurídico protegido; outra conclusão não se pode extrair senão a de que o princípio da ofensividade, mas que construir um critério limitador do direito de punir do Estado é também um dos pontos centrais de vinculação do interprete e do aplicador da lei.

Já não é possível questionar o valor do princípio da ofensividade, inclusive e especialmente para a legitimação da intervenção penal, todas as vezes que o legislador não cumpriu seu dever de configurar o ilícito penal em termos garantistas (legalidade, taxatividade, clareza, certeza, ofensividade etc) não

restará outra saída senão a intervenção do interprete e aplicador da lei no sentido de não permitir a aplicação meramente formalista do Direito Penal. Ao contrário, impõe-se fazer prevalecer o *nullum crimen sine iniuria*, em toda a sua dimensão garantista e constitucional. (GOMES;MOLINA;BIANCHINI, 2007, p. 500)

Em virtude do princípio da ofensividade, está proibido no Direito Penal brasileiro o chamado crime de perigo abstrato. Para aqueles que entendem ser inconstitucional, em face, da ausência de ofensividade da conduta, não há mais o crime de perigo abstrato, por exemplo, o porte de arma de fogo, quando o agente porta-a quebrada ou desmuniada. Segundo Gomes (2003, p.111) “o chamado delito de perigo abstrato é inconstitucional, pois, não se pode restringir direitos fundamentais básicos como a liberdade ou o patrimônio de alguém sem que seja para tutelar concretas ofensas a outros direitos”.

Ainda, segundo este doutrinador, o princípio da ofensividade está atrelado à concepção dualista da norma penal, pois, a norma pode ser primária, e isto é o que delimita o âmbito do proibido, ou secundária, quando, então, cuida do castigo, do âmbito da sancionabilidade. A norma primária, por seu turno, possui outros dois aspectos: ela é valorativa, quando existe para a proteção de um valor jurídico ou um bem jurídico, e também imperativa, quando impõe uma determinada, forma de conduta (GOMES, 2003, p.112).

De acordo com referido princípio, “o fato não pode constituir o ilícito penal se não for ofensivo, lesivo ou simplesmente perigoso” (PALAZZO, 1989, p. 79-80). Nesse contexto estamos partindo da teoria que prioriza o aspecto valorativo. A norma existe para tutelar um bem jurídico e sem “ofensa” a esse bem, penalmente protegido, não há delito algum.

O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, coligado com o princípio da ofensividade, só existe crime, quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se conclui que o crime exige o desvalor da ação, a realização de uma conduta valorada negativamente, bem como desvalor do resultado, ou seja, a afetação concreta de um bem jurídico protegido por essa norma.

Sem ambos os desvalores, não há injusto penal, ou seja, não há crime. Praticamente toda a doutrina penal do século XX ignorou esse relevante aspecto do delito. Doravante impõe-se o devido ajuste do Direito Penal aos valores irradiados da Constituição Federal. Não há infração penal sem afetação ao bem jurídico protegido pela norma. Todos os operadores do Direito devem estar atentos a essa nova forma de interpretar o Direito Penal.

O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí conclui que o crime exige, sempre, desvalor da ação (a realização de uma conduta) assim como desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem

ambos os desvalores não há injusto penal, não há crime. (GOMES, 2002, p. 112).

Referido princípio, como se vê atua em duas esferas: no âmbito legislativo, impedindo que o legislador crie tipos penais para incriminar condutas tidas por indiferentes, e no âmbito jurisdicional, impondo ao intérprete ou ao juiz o dever de não determinar a punição de condutas que, embora formalmente típicas, sejam concretamente (materialmente) inofensivas, ínfimas ou ainda, “insignificantes” para lesarem o bem jurídico tutelado pela norma.

1.6 Princípio constitucional da materialização do fato (nullum crimen sine action)

Segundo referido princípio, também implícito na Constituição Federal de 1988, ninguém pode ser punido, no âmbito penal, pelo que pensa ou pelo modo de viver. Somente pode haver conduta punível quando, esta foi materializada em um fato; o Direito Penal na atualidade é o do fato. Está proibido em nosso ordenamento penal o chamado Direito Penal do autor, que pune o sujeito pelo simples fato de ser, pelo que ele é perante a comunidade em que vive, e não pelo que realmente fez, por sua ação.

Por força do princípio da materialização do fato, quando não há conduta humana penalmente relevante, como nos casos de hipnose, de sonambulismo, de coação física irresistível etc, não há que se falar em crime, em infração penal. “A conduta é o primeiro requisito do fato típico, logo, sem ela não há que se falar em fato típico, isto é, em crime ou fato punível” (GOMES, 2003, p. 111).

Para o Direito Penal do Estado Constitucional e Democrático de Direito somente interessam as condutas (comissivas ou omissivas) exteriorizadas, ou seja, os fatos praticados, que comportam visibilidade ou perceptibilidade sensorial e que afetem gravemente um bem jurídico. O que ficou na mente das pessoas e não foi exteriorizado em fatos, não interessa para o âmbito do penal, assim como o modo de ser das pessoas.

As condutas somente interessam ao Direito Penal, quando puderem causar um dano, ou se forem realizadas gerando um perigo concreto e grave de lesão ao bem jurídico protegido pela norma, de forma a causar desarmonia no corpo social.

Se o princípio do fato não permite que o Direito Penal se ocupe das intenções e pensamentos das pessoas, do seu modo de viver ou de pensar, das suas atitudes internas (enquanto não exteriorizada a conduta delitiva), 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, 2003 p. 377)

Vê-se, portanto, que o princípio da ofensividade, acima tratado e o da materialização do fato são diferentes, porém guardam entre si íntima relação. Não há infração penal, de acordo com os postulados do Direito Penal contemporâneo, embasados nos valores constitucionais, que não se materializarem por meio de um fato, se esta não ofender (ofensividade) de forma reprovável, grave o bem jurídico tutelado pela norma.

1.7 Princípio constitucional da proporcionalidade ou da razoabilidade

Segundo o princípio constitucional da proporcionalidade (doutrina alemã), ou razoabilidade (doutrina americana), toda intervenção no âmbito penal, na medida em que constitui uma restrição da liberdade do cidadão, só é justificável se for adequada ao fim a que se propõe e, ainda, se houver necessidade, isto é, todas as ações restritivas de direitos devem ser aplicadas da forma menos onerosa possível à pessoa.

O princípio da razoabilidade ou da proibição de excesso é um princípio geral de Direito. É válido para todas as áreas, porém, neste momento, vamos focá-lo como um princípio fundamental que cumpre a função de limitação do direito de punir do Estado.

O princípio da proporcionalidade conta com um duplo significado: 1) Político Criminal e 2) Interpretativo e dogmático. Seus destinatários são: o Poder Legislativo, que deve estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade dos delitos, o intérprete e o Poder Judiciário, sendo que as penas impostas, no caso concreto, devem ser proporcionais à gravidade das infrações práticas pelos agentes.

Impõe-se sempre um juízo de ponderação, de equilíbrio entre a restrição à liberdade que vai ser imposta à pessoa e o fim perseguido pelo Estado para a punição. Os bens em conflito devem ser analisados e sopesados.

Segundo Gomes; Molina; Bianchini (2007, p. 354) a origem do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade deita raízes em séculos passado. Na história recente, recorde-se que até metade do século XX, na Alemanha, ele tinha sentido de limite ao poder de polícia (*politzei-recht*); depois da Segunda Guerra Mundial, passou a ser concebido como princípio de Direito Constitucional que limita toda a atuação do poder público. Em 1971, na

Alemanha, é reconhecida pela primeira vez a inconstitucionalidade de uma lei penal com base no princípio da proporcionalidade.

A exigência da proporcionalidade entre os delitos e as penas inscreveu-se formalmente no art. 12, da Declaração de Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão, de 22 de agosto de 1795: “A lei não deve assinalar senão as penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”. Aparece praticamente em todas as modernas Constituições.

O fundamento constitucional desse princípio está, segundo o Supremo Tribunal Federal, no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, na medida em que representa o aspecto substancial do devido processo legal. O aspecto substantivo do devido processo legal coincide, justamente, com o princípio da proporcionalidade. “Tanto o legislador como o juiz acham-se limitados por referido princípio. E sempre que o legislador não o cumpre, deve o juiz fazer os devidos ajustes”. É um princípio constitucional geral de Direito. (GOMES, 2002, p. 115).

Um dos principais efeitos do princípio da proporcionalidade como princípio abalizador da atuação do Estado, está na possibilidade de realização do controle de constitucionalidade das leis, dos atos administrativos, além dos jurisdicionais, é claro. Cumpre uma função de critério aferidor da constitucionalidade de todas as restrições aos direitos fundamentais. Todo e qualquer tipo de restrição a um direito fundamental deve ser feito com razoabilidade, sem excesso.

É expressão do princípio da proporcionalidade, por exemplo, a necessidade da individualização da pena, disposta no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, devendo ser analisado tanto no momento da cominação, quanto da aplicação e da sua execução. Referido princípio deve ser seguido no instante em que se determinam medidas restritivas aos direitos fundamentais como, por exemplo, a prisão cautelar, a prisão definitiva, a quebra do sigilo bancário, busca e apreensão, a interceptação telefônica etc.

No âmbito da admissibilidade das provas ilícitas, esse princípio não pode ser aplicado para se admitir a prova contra o réu. A prova ilícita não possui nenhum valor, salvo para beneficiar o réu.

Como vimos, quando se analisou o princípio da intervenção mínima, a intervenção penal é a última das medidas a ser tomada pelo Estado para se resolver os conflitos, logo, deve ter a “menor ingerência possível”. A pena de prisão, do mesmo modo, só pode ter incidência, se absolutamente necessária; sempre que possível, deve ser substituída por outra sanção. O Direito Penal é um mal, porém, um mal necessário; sempre que se retira o caráter da necessidade, o que sobra, é só o mal.

1.8 Princípio constitucional da exclusiva proteção de bens jurídicos

O Direito Penal não serve para proteger condutas que afetem a moral, a religião, ideologias, funções governamentais etc. Para Roxin (2009, p.15): “a proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria o terror estatal”. É um instrumento absolutamente ilegítimo para proteger os valores culturais enquanto si mesmos, a obediência divina, a ordem natural. O que se deve levar em conta, quando elegemos determinada conduta como importante para a afetação penal é se a mesma atenta contra o regular funcionamento da sociedade. “A função do Direito Penal consiste em garantir aos seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem, em menor medida, a liberdade dos cidadãos.” (ROXIN, 2009, p. 16-17).

Uma das fundamentais missões do Direito Penal é a de proteger o bem jurídico mais relevante da pessoa, para possibilitar o desenvolvimento de sua personalidade e sua realização ética, assim como a vida em comunidade. A tese de que o Direito Penal tem por finalidade ou missão a exclusiva proteção dos bens jurídicos é hoje amplamente majoritária, pois, além de constituir uma garantia essencial do Direito Penal, surge como uma das importantes proposições de um programa político-criminal típico de um Estado constitucional e democrático de Direito. São Estados que possuem valores como a dignidade da pessoa humana e a liberdade como regra.

O Estado não deve estar a serviço de governos, ou daqueles que estão temporariamente no poder, senão estar em função da pessoa humana. O fundamento nuclear da idéia de que o Direito Penal somente deve proteger os bens jurídicos mais relevantes, reside, indiscutivelmente, na dignidade da pessoa humana, que é o valor máximo do nosso modelo de Estado de Direito. (TAVARES, 1992, p. 77-78) apud (GOMES, 2007, p. 381).

O cerne essencial do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos que, ao lado de tantos outros princípios fundamentais (materialidade do fato, da ofensividade do fato, da legalidade do fato, da culpabilidade do agente do fato, etc) têm a função de limitar o direito de punir do Estado. O Direito Penal somente poderá ser utilizado, quando estiver em jogo a afetação de bens jurídicos muito relevantes para a convivência humana e a partir do instante em que haja intolerável ataque a esse bem. Claro que se outra forma de resolução do conflito for suficiente para por fim ao litígio devera ser o utilizado (Civil, Administrativo, Trabalho etc) deixando o Direito Penal para o fim.

Claro que há dificuldade em se eleger o bem jurídico a ser protegido com a tutela penal, porém o norte que não se pode perder é o de que o texto constitucional é a baliza que deve ser seguido.

A legitimação substancial da referida noção encontra-se para Jakobs na vigência da norma enquanto objeto de tutela. Este autor, seguindo Luhmann, afirma que a missão do Direito Penal é assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas, no sentido de garantir expectativas indispensáveis ao funcionamento social. Tem a função de estabilizar a ordem social através da imputação de condutas. Nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitativa, como também responder, de modo convincente, por que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e outros não. (PRADO, 2003, p. 40).

Para Welzel (1970, p. 15) apud (PRADO, 2003, p. 45), por exemplo: “o bem jurídico como um bem vital da comunidade ou do indivíduo que, por sua significação social, é protegido juridicamente”. Segundo sua concepção, os valores éticos sociais da ação, a ameaça penal deve contribuir para asseguramento dos interesses individuais e coletivos fundamentais, através do valor-ação. Daí, ser o delito formado de um desvalor da ação e de um desvalor do resultado. Não prosperaram, ao menos na doutrina pátria, as concepções sociológicas, quanto à noção de bem jurídico.

Ao Direito Penal não é dada a função ou missão de proteção de valores outros que não os albergados no texto constitucional (Teoria Constitucional do bem jurídico). O texto constitucional é o limite que deve seguir o legislador para poder escolher determinada conduta como sendo penalmente punível. O princípio da exclusiva proteção exerce uma função de limite ao “*ius puniendi*”, concluindo-se que o Direito Penal não tem como missão punir as intenções ou mesmo contemplar normas que punam posturas morais ou éticas ou ainda ideológicas. “O conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição Federal, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais” (PRADO, 2003, p. 62).

Essa tese (ou premissa) é hoje amplamente majoritária, inclusive no direito pátrio, porque de tutela de bens jurídicos, para além de constituir uma garantia essencial do Direito Penal, surge uma das importantes proposições de um programa político-criminal típico de um Estado constitucional e democrático de Direito, de cariz social e participativo, fundado tanto em valores essenciais (assim, por exemplo, a dignidade humana, liberdade e justiça) como na concepção de que o Estado não de estar a serviço dos que governam ou detêm o poder, senão em função da pessoa humana (*omnen jus hominum causa introductum est*), em varias dimensões. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 379)

O bem jurídico penal, por sua vez, compreende os bens existenciais valorados positivamente pelo Direito e protegidos dentro e nos limites de uma determinada relação social conflitiva por uma norma penal.

É importante ressaltar que o legislador não é livre em sua decisão de elevar à categoria de bem jurídico qualquer juízo de valor, estando vinculado às metas que, para o Direito Penal, são deduzidas da Constituição Federal; que, com o anterior, somente se assinalou o ponto de vista valorativo para se determinar o conteúdo material do bem jurídico, ficando ainda para serem desenvolvidas as condições e funções em que se baseie esta sociedade dentro do marco constitucional e, ainda que um tipo penal seja portador de um bem jurídico claramente definido, não significa já a sua legitimação; é necessário, ainda, que só seja protegido, diante de ações que possam realmente lesioná-lo ou colocá-lo em perigo (PRADO, 2003, p. 64).

A intenção de atribuir ao conceito de bem jurídico de um conteúdo material e de oferecer um rol fechado dos bens necessários de tutela penal não foi possível, porém, não há como deixar de reconhecer que ao menos alguns critérios limitadores, devem ser estabelecidos e, a partir dessa premissa, não cabe dúvidas de que servirão de base para uma Política Criminal que queira ser compatível com o Estado atual os valores constitucionais de um país. Ainda, é necessário que haja afetação pessoal e, ainda, que a afetação a esse bem produza uma danosidade social, que reflita algo de negativo quando violado.

Segundo Gomes; Molina; Bianchini (2007, p.427) “o bem jurídico a ser eleito pelo legislador não pode conflitar com o quadro de valores da Constituição Federal e, de outro lado, deve contar com relevância social.” O legislador é o titular do desenho da Política Criminal, assim como a seleção dos bens jurídicos, mas de qualquer maneira, deve agir dentro de limites impostos pela Constituição. A ameaça penal só se justifica, quando o bem jurídico é constitucionalmente legítimo e conta com relevância social.

1.9 Princípio constitucional da responsabilidade pessoal

Segundo esse princípio constitucional não existe no Direito Penal responsabilidade coletiva (por um crime de um de seus membros não respondem todos os que compõem a associação de vizinhos), ou familiar (o filho não responde pelo delito do pai; a esposa pelo do marido), ou seja, não há a responsabilidade pela prática do crime por outrem. Cada um responde pelo que fez, na medida da sua culpabilidade. Ninguém pode ser punido no lugar de outra pessoa, mesmo porque a pena não pode passar do condenado.

O princípio da responsabilidade pessoal proíbe o castigo penal pelo fato de outrem (pelo fato alheio) já que, como dito acima, o ser humano só pode responder penalmente pelos fatos próprios. É diferente da responsabilidade civil, tributária, etc, pois, deve recair diretamente sobre a pessoa que exteriorizou o fato.

O princípio da responsabilidade pessoal não se confunde com o da materialização do fato. A majoritária doutrina distingue com clareza esses dois princípios, porém, há setores que assim não pensam ou que, inclusive, inserem no princípio da materialização do fato situações que se referem ao princípio da responsabilidade pessoal.

O princípio da responsabilidade pessoal impede que se castigue alguém por um fato alheio, de outrem, salvo quando existe uma obrigação legal. Proíbe o castigo de meras atitudes internas, pensamentos, forma de ser tipos de autor e condiciona a responsabilidade penal à realização comprovada de uma conduta ou comportamento, isto é, de um fato.

O princípio da responsabilidade pessoal conduz ao tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica (prevista, entre nós, no artigo 3º da Lei Ambiental nº 9.605/98). A Constituição Federal prevê duas hipóteses possíveis de responsabilidade penal da pessoa jurídica: a primeira delas nos crimes ambientais e depois, nos econômicos, artigos 173 e 225 respectivamente. A única interpretação possível desse texto legal consiste em admitir que a responsabilidade da pessoa jurídica não é penal no sentido estrito da palavra.

O princípio da responsabilidade pessoal que constitui um eixo do clássico Direito Penal nos leva a cuidar da responsabilidade penal da pessoa jurídica e dizer que ela, hoje, faz parte de um tipo novo de Direito, que está sendo chamado de Direito Penal sancionador. A responsabilidade pessoal e a responsabilidade penal da pessoa jurídica são duas realidades inconciliáveis (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 523).

Para os que admitem a responsabilidade “penal” da pessoa jurídica, parece inevitável, ao menos, conceber a preponderante teoria da dupla imputação. Jamais poderia a pessoa jurídica, isoladamente, aparecer no pólo passivo da ação penal; sempre seria necessário descobrir, quem dentro da empresa, praticou o ato criminoso. Desse modo, é processada a pessoa que praticou o crime e a pessoa jurídica. Do contrário, a teoria da dupla imputação seria simplesmente abandonada.

1.10 Princípio constitucional da responsabilidade subjetiva

Em face do princípio constitucional da responsabilidade subjetiva não basta que o fato seja, materialmente, causado pelo agente, para que seja responsabilizado; requer que o

fato tenha sido querido (dolo) ou, pelo menos, que tenha sido previsível o resultado (culpa). A produção objetiva de um resultado lesivo para os bens jurídicos não é suficiente, se o autor não agiu com dolo ou culpa.

No Direito Penal não há a chamada responsabilidade penal objetiva, ou seja, o autor que praticou um fato que afete a um bem jurídico, eleito dentre os valores constitucionais, só pode por ele ser responsável penalmente se agiu com dolo ou culpa. A simples participação material no fato não significa, automaticamente, responsabilidade penal. Não constatada a presença do dolo ou da culpa, impossível a condenação de qualquer pessoa.

Está extinta, no Direito Penal, a responsabilidade objetiva (*a versari in re illicita*), segundo a qual quem realiza um ato ilícito deve responder pelas conseqüências que dele derivam, incluídas as fortuitas, o que é completamente contrário ao princípio da responsabilidade penal subjetiva. Quem pratica um ato ilícito deve ser responsabilizado por todas as suas conseqüências, independentemente de serem previsíveis, desejadas e fortuitas. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 531).

O fundamento dessa exigência reside na própria função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos por meio da ameaça do castigo, da dissuasão. Só tem sentido castigar fatos desejados, queridos. No Direito primitivo, bastava a causa do resultado para fundamentar a responsabilidade criminal do autor, embora este não tivesse querido lesar o bem jurídico, nem referida lesão se devesse a seu agir culposos. Claro que, nos dias atuais, isso não pode acontecer. A responsabilidade penal deve ser imputada a quem agiu como dolo ou ao menos culpa e se, ainda, houve previsão no tipo penal de punição para a prática culposa do delito.

O fundamento constitucional do princípio da responsabilidade subjetiva, que significa ao mesmo tempo, proibição da responsabilidade objetiva, é implícito, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal e do princípio da inviolabilidade do direito a liberdade, disposto no art. 5º do mesmo diploma.

1.11 Princípio constitucional da igualdade

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades. Para Moraes (2006, p.31) “estão proibidas as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça”.

Existem duas concepções em relação ao princípio constitucional da igualdade: a paritária e a valorativa. Segundo a concepção paritária, a lei deve ser genérica, impessoal e não pode comportar distinções. Em relação à concepção valorativa, é possível que haja distinções em sua aplicação, desde que justificada a diferença de tratamento. Segundo Gomes (2003, p.116), “é a corrente que hoje prepondera”. Não pode haver tratamento injustificado e discriminatório entre iguais; é preciso que ocorra o ‘*descrimen*’. A diferença de tratamento deve ser sempre devidamente justificada. O mesmo órgão jurisdicional pode conferir tratamento distinto a uma situação semelhante, desde que justifique razoavelmente a distinção.

Ainda, segundo o autor, princípio da igualdade foi a base constitucional do entendimento de que a Lei 10.259/2001, que criou os Juizados Especiais Criminais no âmbito federal, deve também ter aplicação no âmbito estadual. Essa lei definiu como infração de menor potencial ofensivo os delitos cuja pena não ultrapassem a dois anos. Como não podemos tratar desigualmente crimes iguais, chegou-se à conclusão de que esse novo limite tinha que ter incidência também no âmbito dos Juizados Especiais Criminais estaduais.

O princípio da igualdade cumpre, tanto, função político criminal quanto dogmática. No primeiro, obriga o legislador a tratar todos de forma idêntica, de maneira igual, os desiguais de forma desigual. O legislador penal não pode fazer distinções injustificadas ou abusivas ou discriminatórias. No âmbito dogmático e interpretativo, tanto o intérprete quanto o juiz devem enfatizar a mesma regra para todos os casos iguais. O juiz deve tratar os desiguais de forma desigual. Quando se muda uma decisão sobre determinado entendimento que era aplicado para casos idênticos, deve o magistrado justificar, de forma razoável, sob pena de afronta ao princípio constitucional da igualdade.

Como visto acima, em síntese, esses são alguns dos princípios constitucionais (expressos e implícitos) penais ou afetos à área de atuação do Direito Penal que, na atualidade, não há como o intérprete, o juiz e o legislador ignorarem as sua força normativa. A eficácia prática dos princípios constitucionais irradia-se com força vinculante e normativa, não só no momento legislativo do Direito Penal (o legislador deve estar atento para todos eles), senão também ao aplicativo e interpretativo (nem o intérprete nem o juiz tampouco podem ignorá-los).

As normas jurídicas possuem as características de coercibilidade e de imperatividade, características que as diferenciam de outras normas não jurídicas. Os princípios constitucionais alinhavados acima são normas jurídicas no tocante à sua coercitividade e imperatividade, logo espriam sua força vinculante para todo o ordenamento jurídico penal.

Todos devem interpretar os institutos do sistema punitivo pátrio de acordo com os valores fixados no texto da Constituição Federal.

Todos os agentes do Direito devem estar atentos para a sua aplicação aos casos concretos. Não há como se interpretar um fato concreto com o objetivo de aplicar o direito de punir do Estado que não esteja limitado nos valores reunidos no texto constitucional. É preciso dar concretude ao texto da Constituição Federal, fazer com que seus ditames saiam do papel e atinjam efetivamente a vida das pessoas. Todos os atores devem estar atentos para isso desde os Delegados de Polícia até os magistrados; todos devem estar atentos à força cogente dos princípios constitucionais, em especial, no instante de deflagrar a persecução penal.

CAPÍTULO 2 – DAS TENDÊNCIAS DA POLÍTICA CRIMINAL

2. Objetivos da Política Criminal

A Política Criminal, valendo-se dos dados empíricos da moderna Criminologia, tem por objetivo orientar o desenvolvimento do Direito Penal. Sua missão é a de traçar os rumos com o objetivo de guiar a correta aplicação do Direito Penal na sociedade. Sua atuação se dá no momento anterior à edição da lei, ao orientar o legislador na escolha do melhor meio a ser seguido, para diminuir a criminalidade, bem como ao aplicador e interprete do Direito. Não podemos, hoje, dissociar a Política Criminal da Criminologia e, por sua vez, da dogmática-jurídica penal. O modelo de Política Criminal está co-relacionado com os princípios constitucionais penal.

A Criminologia possui uma dimensão e uma estrutura científica própria, informadora das estratégias de que a Política Criminal se vale para o controle da criminalidade. A integração do Direito Penal com a Criminologia e com a Política Criminal é inevitável. Cada um desses segmentos mantém a sua autonomia, porém seu estudo deve ser interdisciplinar. O criminólogo estuda o fenômeno criminoso, fornecendo dados que a Política Criminal transforma, às vezes, em reivindicações de alteração ou mesmo de elaboração da legislação penal; por sua vez, a ciência do Direito Penal normativiza essas reivindicações que passam a ter valor jurídico coativo. O processualista cuida da aplicação do *ius puniendi* de acordo com o devido processo legal e, por fim, na fase executiva, torna-se realidade a ameaça penal.

É preciso que o interprete e o aplicador da norma penal estejam atentos a todo esse conjunto de conhecimento que está por detrás da simples leitura do tipo penal para que o *ius puniendi* do Estado seja aplicado no caso concreto de forma justa e coerente. Não é possível se interpretar o ordenamento jurídico esquecendo-se o que direcionou o legislador na criação da norma e a realidade que deu causa à mesma. A Política Criminal deve ser estudada e aplicada em conjunto e de forma interligada com o Direito Penal.

A Política Criminal é o meio de estudar quanto e qual é o limite de atuação do direito de punir do Estado. É a Política Criminal que direciona o legislador sobre qual o bem jurídico deve ser eleito para a sua proteção, para a tutela pelo Direito Penal. Vê-se, com isso, que a Política Criminal e o Direito Penal possuem uma estreita ligação, sendo que a primeira direciona a aplicação do segundo. No dizer de Dias (1999, p. 21), o tempo atual é o da Política Criminal. É das suas proposições ou mandamentos fundamentais, encontrados no campo de projeção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política social,

que será lícito esperar um auxílio decisivo no domínio desse flagelo das sociedades atuais que é o crime.

A Política Criminal é vista como o conjunto sistemático de princípios e regras através do qual o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais. Para Roxin (1992, p. 9), “a questão pertinente a como devemos proceder quando há infringência das regras básicas de convivência social, causando danos ou pondo em perigo os indivíduos ou a sociedade, conforma o objeto criminal”.

A capacidade de o sistema sancionatório resolver os problemas que lhe são destinados depende muito das investigações empíricas sobre os instrumentos e a forma de utilizá-los. É a Criminologia que, fundamentalmente, fornece base para as investigações acerca da melhor forma de resguardar a sociedade contra a violência, sendo, portanto, de capital importância as suas conclusões. “Como ciência empírica do delito, a Criminologia traz os imprescindíveis dados acerca do fenômeno criminal e das suas diversas instâncias o delinqüente, a vítima e os aparatos do controle social. (SILVA SANCHES, 1992, p. 48).

Poderíamos dividir o conteúdo das Ciências Criminais em: 1) o estudo empírico da violência que está relacionada à Criminologia; 2) as medidas de combate à criminalidade, a Política Criminal; 3) o estudo, interpretação e sistematização das normas penais vigentes, à dogmática jurídico-penal; 4) estudo do Processo Penal e por fim 5) estudo da Execução Penal.

Vê-se, assim, que os postulados político-criminais devem ser levados em consideração desde o momento anterior à própria existência do Direito Penal, ao processo legislativo, passando pela fase judicial e executorial, e, mesmo, chegando ao momento posterior, ou seja, quando são recolhidas as conclusões acerca de eventuais efeitos criminógenos de dada tipificação penal, para o fim de propor outros e mais aprimorados encaminhamentos.

A perspectiva primeira, defendida por V. Liszt, na qual a Política Criminal e o Direito Penal eram vistos de forma antagônica, acha-se hoje superada pela nova concepção de Roxin (2002, p. 244), para quem: “as valorações político-criminais fundamentam o sistema do Direito Penal e a interpretação de suas categorias.” A Política Criminal encontra-se intimamente legada com as finalidades do Direito Penal, direcionando sua aplicação.

As características do Direito Penal e da Política Criminal são extraídas fundamentalmente dos princípios e regras constitucionais, aliás, condicionam sua aplicação a todos os operadores do Direito (juízes, promotores de justiça, Delegados de Polícia, advogados, etc).

No mesmo sentido, é o posicionamento de Dias (1999, p. 45), pois, para o autor português, “a dogmática jurídico-penal não pode evoluir sem levar em conta o trabalho prévio, de índole criminológica, bem como sem uma mediação político-criminal que lance luz sobre as finalidades e os efeitos que se aponta à (e se esperam da) aplicação do Direito Penal”.

Visto que os critérios e princípios da Política Criminal, orientados pela Criminologia, que hoje, já não podem ficar distantes das normativas criminais, estas realizadas por intermédio do Direito Penal, sempre tendo como parâmetros os princípios constitucionais, se revelam nos movimentos ou as tendências de Política Criminal, que em última análise, irão também, nos guiar na forma de aplicar o Direito Penal a situações concretas da sociedade.

Dentre movimentos de Política Criminal existentes que, como visto, vincula o intérprete da norma penal (juízes, promotores, Delegados de Polícia, etc) à aplicação do Direito Penal, três são os de maior destaque: o movimento de lei e ordem (expressão do movimento punitivista), também chamado de retribucionismo; os movimentos abolicionistas e, por fim, o minimalismo penal ou intervenção mínima (os dois últimos movimentos não punitivista).

2.1 Movimento de lei e ordem

Na década de 70, surge, nos EUA, movimento de Política Criminal denominado, *law and order* (lei e ordem). “Seu objetivo é, estritamente, no sentido de uma maior intervenção criminal, judicial e policial contra a criminalidade de massa e a criminalidade de rua, patrimonial e violenta.” (SILVA SANCHEZ, 2002). A premissa ideológica desse movimento é a expansão emergencial do Direito Penal com o objetivo de solucionar todos os problemas surgidos na sociedade que causem a sensação de ausência de bem estar, inclusive, os sociais, com o poder punitivo do Estado, com o Direito Penal.

Com a falência, principalmente na Europa, do Estado de bem-estar social, verifica-se, a partir do final da década de oitenta, a acolhida, na esfera política, de um movimento em prol do recrudescimento do Direito Penal. O caminho é a criação de leis penais com a aplicação no Direito Penal de penas altas e de preferência privativa de liberdade. A solução para o problema social (crime) é o encarceramento do cidadão; é o Direito Penal.

O crescimento considerável da criminalidade traz a preocupação para a sociedade, pois a segurança pública está entre uma das prioridades da população. Não obstante os meios de comunicação, além de dramatizar, potencializam e até estimulam a violência. Além do desconhecimento científico dos fatores que fazem com que se aumentem ou diminuam os

índices de criminalidade, há a necessidade de conquistar pontos de audiência; em razão disso, faz-se tudo, esquecendo-se do descrédito que fica a sociedade em face do Direito Penal.

Diante desse contexto, ouve-se o discurso pela necessidade de leis criminais mais rigorosas, com penas maiores e, aplicadas sem as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Confundem o réu e todas as consequências dessa condição com meros investigados, estigmatizando-os para sempre na seara social; propõe-se a segregação da liberdade de forma cautelar como regra, para acalmar o desespero de uma sociedade alarmada com os índices criminais, lidos, muitas vezes, de maneira equivocada.

Nos últimos anos, especialmente a partir da guerra do Vietnã, o mundo vem assistindo a um progressivo aumento da criminalidade, embora, algumas vezes, apenas aparente. Tal fato e, especificamente, os crimes atrozes são apresentados pelos veículos de mídia e por alguns políticos como um fenômeno terrificante, gerador de insegurança e conseqüente do tratamento benigno dispensado pela lei aos criminosos, que, por isso, não lhe têm respeito. Essa propaganda maciça de fatos assustadores provoca na população um verdadeiro estado de pânico, do qual se aproveitam movimentos políticos, geralmente autoritários, para apresentarem como detentores da fórmula infalível contra a onda criminosa, que querem inculcar existir. O remédio milagroso outro não é senão a ideologia da repressão fulcrada no velho regime punitivo-retributivo, que recebe, agora, o enganoso nome de Movimento de Lei e Ordem. (ARAÚJO JÚNIOR, 1991)

Para os retribucionistas e os prevenicionista exagerados, representantes do movimento de lei e ordem, o Direito Penal e a pena privativa de liberdade, devem ser aplicados de forma célere, com penas altas, em especial a privativa de liberdade e sem as garantias constitucionais. O delinquente, que pratica um crime, realizou uma opção racional por agir assim; tem a consciência do que está fazendo, logo, a pena alta tem a finalidade precípua de consagrar tanto a prevenção geral negativa quanto a especial negativa.

O movimento de lei e ordem compreende o crime como o lado patológico do convívio social; a criminalidade como uma doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho. A sociedade era separada, num traço simplificado, entre pessoas sadias e incapazes da prática de atos desviados e pessoas doentes prontas para a execução de atos transgressivos. Cada infrator tem uma qualidade negativa que o marca como um estigma: é outro que merece escarmento e que não pode permanecer entre as pessoas honestas. (FRANCO, 2000, p. 82). Os retribucionistas entendem que a pena alta é o meio de evitar a prática dos crimes. Em vários Estados dos Estados Unidos da América há pena de morte, penas severas (prisão perpetua) e cruéis, como expressão do movimento (tendência) de Política Criminal denominado de lei e ordem.

Vê-se que movimento de lei e ordem só atinge o criminoso convencional, que funciona como “bode expiatório” do sistema repressivo penal. O criminoso convencional, no presente contexto, funciona como “bode expiatório”, debitando-se-lhe a total responsabilidade pela onda de violência vivenciada em sociedade. É nele que se concentra todo o sentimento de vingança que irrompe na sociedade, em face, de um histórico de inexistência de cidadania, contribuindo para o aparecimento de uma “fúria coletiva” na qual o principal punido é aquele que já é vítima dos processos de exclusão social. Em se tendo por correto que a desigualdade social representa o principal fator de criminalidade, assiste-se à estarrecedora situação em que não se busca a solução do problema por meio de ações propensas a erradicar sua causa, mas sim, absurdamente, sua conseqüência.

Um movimento punitivista, expressão do movimento de lei e ordem, que vem ganhando adeptos em boa parte do mundo, em especial, após os ataques terrorista do 11 de setembro de 2001, nas torre gêmeas em Nova York é o chamado, pela doutrina, de *Direito Penal do Inimigo*⁴. Quem inicialmente escreveu sobre ele foi o professor alemão Günther Jakobs, em 1985. Para Günther Jakobs, aplicando-se a norma e a pena, reforça-se a confiança no Direito Penal. Entende, ao contrário do que faz a mídia, que explora a prevenção geral negativa exibindo situações que mostram as pessoas sendo presas, por questões, muitas vezes, pequenas, que a prevenção geral positiva é o que desestimula a infração penal. Para Jakobs (2008, p. 37), “é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma”.

Para Gomes (2007, p. 295), o professor Jakobs estava, “inicialmente, anunciando o que já existia, mas não defendendo, porém, a partir de 2003, passa a defender a sua aplicação”. Para Jakobs (2008, p. 3), a aplicação de um Direito Penal diferenciado para aquele que não pode ser considerado cidadão, não é nova; o autor busca a filosofia de Hobbes (inimigo do Estado) e Kant (renúncia aos direitos de ser cidadão) para apoiar e demonstrar sua tese. Jakobs afirma a necessidade de um Direito Penal do cidadão e um do inimigo. Inimigo é aquele que atua com habitualidade; é a aquele que não oferece a expectativa *cognitiva positiva* a cerca de seu comportamento no meio social; é um inimigo e ao inimigo podemos relativizar as garantias constitucionais. O inimigo não merece o status de cidadãos, sendo

⁴ Direito penal punitivista (retribucionista ou prevencionista, que implica a punição exacerbada e desproporcional sobretudo dos pobres, marginalizados, imigrantes, excluídos, usuários de drogas etc.) + Direito penal do inimigo (aplicação do Direito penal sem as devidas garantias penais e processuais) + encarceramento massivo dessa preferencial clientela = indústria das prisões. Desde 1980, especialmente nos E.U.A., o sistema penal vem sendo utilizado para superpovoar os presídios.

possível antecipar a punição, sem garantias, sem processo aplicando um Direito Penal de guerra.

Para o cidadão, ao contrário, esse merece o Direito Penal dele, pois, não comete o crime contra a sociedade, não comete terrorismo, genocídio. O delito é eventual.

Esse ideal tem florescido, em face do crime de terrorismo, do tráfico de drogas, dos crimes contra minorias étnicas, crimes sexuais, crime organizado, crimes econômicos, etc praticados pelo mundo. O Direito Penal do inimigo, infelizmente, é um clamor da sociedade. Em muitos locais, tem se defendido o Direito Penal do inimigo, conforme se vê, principalmente nos Estados Unidos da América, onde o legislador já defendeu a possibilidade de aplicação da tortura como forma de extrair a prova do que se investiga quando, por exemplo, o delito for de terrorismo. Defende a utilização do uso de água e outras técnicas como medicamentos, utilização de sons em sessões noturnas para impedir que investigado consiga dormir para se extrair a prova da prática do delito.

Claro que esse movimento punitivista, ou tendência de Política Criminal, não corresponde ao modelo constitucional adotado pelo Brasil. Jamais poderá ser utilizado em nosso país que, por exemplo, criminaliza a prática da tortura na Lei federal 9.455, de 7 de abril de 1997; pressupõe a aplicação de sanção penal somente após o devido processo legal, amparando o contraditório e ampla defesa.

2.2 O abolicionismo

De lado diametralmente oposto, como expoente dos movimentos não punitivista, há as posturas abolicionistas, que não reconhecem justificção alguma ao Direito Penal e propugnam sua eliminação, ou porque impugnam desde a raiz seu fundamento ético-político, ou porque consideram que as vantagens proporcionadas por ele são inferiores ao custo da tríplice constrição que produz: “a limitação da liberdade de ação para os cumpridores da lei, o submetimento a juízo de todos os suspeitos de não a cumprir, e o castigo de quantos se julguem que a descumpriram.” (FERRAJOLI, 2006, p. 231).

A corrente abolicionista mais radical sustenta que: “a pena e o próprio Direito Penal possuem efeitos mais negativos que positivos, propondo a eliminação de qualquer forma de controle formal do delito que deve dar lugar a outros modelos informais de solução de conflitos.” (ZAFFARONI, 2001, p. 75).

Do ponto de vista Político Criminal a proposta do abolicionismo é desinstitucionalizadora ou descentralizadora. Em uma palavra: é não-intervencionista. Procura-se afastar o Estado da solução dos conflitos, deixando que a própria sociedade encontre

mecanismos menos repressivos capazes de alcançar a paz, para Hulsman (1993, p. 99), “criminalizar é centralizar e institucionalizar”. Ocorre que, os mecanismos a serem criados pela sociedade para a resolução dos conflitos surgidos, às vezes, podem ser mais danosos e tirânicos que o desenvolvido pelo Estado. Vemos que há uma estreita relação entre o movimento de Política Criminal denominado abolicionismo e as teorias do etiquetamento, bem como com os postulados da Criminologia crítica.

Para o mais expressivo divulgador do sistema abolicionista Louk Hulsman, a lei penal cria o crime e o criminoso, pois aquele não existe como realidade ontológica, informa que o sistema penal é seletivo; daí, o alto índice de cifra negra e, por isso mesmo, cria e reforça as desigualdades sociais, entendendo que, então, o sistema penal é uma “fabrica de culpados”, estigmatizando o culpado e, provocando a sua exclusão definitiva do agrupamento social. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 273).

De conformidade com Hassemer e Munõz Conde (2001, p. 361), a perspectiva abolicionista funda-se no seguinte pressuposto: se o Direito Penal é arbitrário, não castiga igualmente todas as infrações delitivas, independentemente do *status* de seus autores, e quase sempre recai sobre a parte mais débil e os extratos economicamente mais desfavorecidos, provavelmente o melhor que se pode fazer é acabar de uma vez por todas com este sistema de reação social frente à criminalidade, que tanto sofrimento acarreta sem produzir qualquer benefício.

Daqui decorre a importância do garantismo, que consiste na tutela dos direitos fundamentais: os quais — da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos — representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles ‘artifícios’ — como os chamou Hobbes — que são o direito e o estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia. (FERRAJOLI, 2006).

Para os adeptos do movimento abolicionista, o Direito Penal, além de ineficaz, pois não dá mostras de diminuir a violência social e a criminalidade, é um instrumento de classe, sendo aplicado apenas para pessoas menos favorecidas da sociedade, o que não pode ser concebido.

O movimento abolicionista não foi a tendência adotada pelo legislador penal brasileiro que, ao contrário, entende que a solução dos conflitos penais deve ser resolvido com a edição de leis e pelo Estado-juiz.

2.3 O minimalismo penal

O modelo minimalista reúne varias propostas, todas ligadas, entretanto, à defesa do encolhimento, em maior ou menor nível, do Direito Penal repressivo e a influência maior do garantismo⁵. São defensores desse modelo de Política Criminal, vários filósofos e penalistas, podendo destacar, exemplificativamente, Luigi Ferrajoli, Alessandro Barata, Eugenio Raul Zaffaroni, dentre outros.

A legitimidade do sistema penal, num Estado social e democrático de direito, encontra-se condicionada à sua capacidade de alcançar as finalidades protetoras, no sentido de diminuir a violência que grassa na sociedade, ao mesmo tempo em que cumpre os fins de garantia formal e material a ele assinalados, sem que, para isto, extrapole os limites estabelecidos por esse tipo de Estado. Conciliar esses interesses nem sempre é tarefa que se desempenha com desembaraço, já que os temas penais encontram-se em contínua mutação. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, 279).

A evolução do Direito Penal depende desses fatores que desembocam em uma via de restrição progressiva do Direito Penal que vem resultando mais reduzido.

O Direito Penal visto, sob a perspectiva constitucional, é somente um ao lado de tantos outros instrumentos de que se serve o Estado, para perseguir uma de suas funções que é a de diminuir a violência que atinge indivíduos e sociedade. Essa afirmação decorre de seu caráter subsidiário que, juntamente com a sua natureza fragmentária, dá os contornos ao princípio da intervenção mínima, fundamentando o princípio da insignificância, e representa o modelo de Direito Penal criado a partir das posições do movimento de Política Criminal denominado de minimalismo. É o que mais se aproxima do modelo desenvolvido pelo Brasil para a resolução dos conflitos penais.

O princípio da intervenção mínima, expressão do minimalismo penal, movimento de Política Criminal que, como vimos, orienta o intérprete da norma penal, dentre eles os Delegados de Polícia, no momento de sua aplicação, pode ser estudada sob duas perspectivas complementares, ambas decorrentes dos valores e princípios constitucionais postos: o primeiro deles é o da fragmentariedade do Direito Penal.

Como vimos, o emprego do Direito Penal deve se restringir somente à tutela de bens jurídicos, não estando, assim, legitimado a atuar quando se trata da tutela da moral, de funções estatais, de ideologia, de dada concepção religiosa, etc. É decorrência do princípio da

⁵ A doutrina garantista que pode ser concebida como um movimento de bases filosóficas, que tem por fundamento a proteção e garantia dos direitos fundamentais, tomou forma com os ensinamentos de Luigi Ferrajoli.

exclusiva proteção de bens jurídicos, visto no capítulo anterior como sendo um dos princípios constitucionais penais postos pelo legislador constituinte. Não obstante a isto, somente os bens jurídicos mais relevantes é que devem ser tutelados pelo Direito Penal. “Isto porque a utilização de recurso tão danoso à liberdade individual somente se justifica em face do grau de importância que o bem tutelado assume, ou seja, o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens”. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 280).

Outrossim, não obstante a verificação quanto ao grau de importância do bem jurídico protegido, deve ser analisado se a conduta praticada gerou uma grave ofensa. É por intermédio do princípio constitucional implícito da ofensividade que esta questão é desenvolvida. Vê-se, portanto, que somente podem ser reconhecidas como infrações penais puníveis, as condutas que, efetivamente, atrapalhem o satisfatório conviver em sociedade e que tenham sido de grave proporção que justifique a intervenção penal. Nas palavras de Dias (1993, p. 65), “onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem.”

Portanto, as ofensas de pequena monta, ou que causem pequenos dissabores, para os minimalistas, são consideradas como desprovidas de relevância jurídico-penal, ficando, em razão disso, a sua resolução, de acordo com o princípio da intervenção mínima, relegada a outros mecanismos formais (Direito civil, administrativo etc) ou até informais de controle social.

Restringe-se, pois, a atuação estatal, às condutas que causem à sociedade dano de que ela se ressinta intensamente. Os argumentos que vêm sendo trazidos, para isso, alcançam maior vigor com o dizer do professor italiano, Ferrajoli (2006, p. 427): “a justiça penal, com o caráter inevitavelmente desonroso de suas intervenções, não pode ser incomodada e, sobretudo, não pode incomodar os cidadãos por fatos de escasso relevo.”

Por isso o esforço marcante do Direito Penal em não criminalizar quaisquer condutas que ofendam quaisquer bens jurídicos. Ele constitui um sistema descontínuo (fragmentário), protegendo, apenas, aqueles bens jurídicos mais relevantes, e somente em face de ataques graves (ofensividade).

Daí dizer ser fragmentária essa tutela, ou seja, de característica fragmentária, pois se concentra o Direito Penal não sobre o todo de uma dada realidade social, mas sobre fragmentos dessa realidade de que cuida.

Quanto à segunda perspectiva (à subsidiariedade), do princípio da intervenção mínima, verifica-se que a utilização do Direito Penal deve ficar circunscrita às situações que

não possam ser resolvidas por outros meios ao dispor do Estado – ou seja, quando ele se torna necessário, em termos de utilidade social. Dito de outra forma, o ramo repressivo do Direito só é admitido, quando não há outro mal menor passível de substituí-lo, quando outros ramos do Direito não são suficientes para a solução do problema. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 280).

Diante dessa segunda característica do princípio da intervenção mínima, modelo de Política Criminal não punitivo, que como vimos orienta, também, o interprete e aplicador da norma penal, diz-se que o Direito Penal é de natureza subsidiária, o qual, da mesma forma que a fragmentariedade, decorre da qualidade limitadora da Constituição Federal instituída pelo Estado social e democrático de direito ao ordenamento jurídico penal.

Assim, concluindo-se positivamente acerca da existência do bem jurídico-penal relevante, e do elevado grau de ofensa a ele dirigida, outra verificação deve ser feita e da mesma forma importante: refere-se à necessidade de tutela penal. Logo essa fundamentação teórica remete o interprete e aplicador do ordenamento jurídico penal ao conceito de Estado que, na acepção sob a qual foi instituído pela Constituição, obriga, dentre outras orientações, a intervenção punitiva a ter a menor intensidade possível, já que impregnada de alto grau de restrição e violação de direitos, ainda que autorizados estatalmente. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 280).

Em última instância, somente quando os anteriores meios de controle da criminalidade tiverem fracassado em sua finalidade de tutela, será necessário empregar a maior severidade dos instrumentos radicais próprios do Direito Penal.

Assim, dizer, como Montesquieu, que toda pena que não deriva da necessidade é tirânica, ou, como Beccaria⁶, que proibir uma enorme quantidade de condutas indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos, ou, ainda, como a Constituição Francesa de 1791, no artigo 8º, que a lei não deve estabelecer penas que não

⁶ Educado em Parma pelos jesuítas, entregou-se com entusiasmo ao estudo da literatura e da matemática. Muita influência exerceu na formação do seu espírito a leitura das *Lettres Persanes* de Montesquieu e de *De l'esprit* de Helvétius. Desde então, todas as suas preocupações se voltaram para o estudo da filosofia. Foi ele um dos fundadores da sociedade literária que se formou em Milão e que, inspirando-se no exemplo da de Helvétius, divulgou os novos princípios da filosofia francesa. Além disso, a fim de divulgar na Itália as idéias novas, Beccaria fez parte da redação do jornal *Il Caffè*, que apareceu de 1764 a 1765. Considerado um clássico do Direito Penal, Beccaria foi a primeira voz a levantar-se contra a tradição jurídica e a legislação penal de seu tempo, denunciando os julgamentos secretos, as torturas empregadas como meio de se obter a prova do crime, a prática de confiscar bens do condenado. Uma de suas teses é a igualdade perante a lei dos criminosos que cometem o mesmo delito. Suas idéias se difundiram rapidamente, sendo aplaudidas por Voltaire, Diderot e Hume, entre outros, e sua obra exerceu influência decisiva na reformulação da legislação vigente da época, estabelecendo os conceitos que se sucederam. A obra *Dos Delitos e das Penas* é um dos clássicos e sua leitura é considerada basilar para a compreensão da História do Direito.

sejam estritamente e evidentemente necessárias, outra coisa não é senão reconhecer, ao menos politicamente, o caráter subsidiário da intervenção penal como a mais violenta das formas de intervenção do Estado na vida dos cidadãos. “É reconhecer que não se deve apelar a esse castigo extremo senão quando não se puder, de fato, conjurar a lesão de que se cuida por instrumentos menos dramáticos. É reconhecer-lhe, enfim, o caráter de extrema ou *ultima ratio* da política social”. (QUEIROZ, 1998, p. 27).

No mesmo sentido, assevera Roxin (2000, p. 22) que: “a utilização do Direito Penal onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstalar a ordem jurídica, não dispõe da legitimação da necessidade social e perturba a paz jurídica, produzindo efeitos que, afinal, contrariam os objetivos do Direito”.

O caráter subsidiário do Direito Penal vem sendo utilizado pelo Poder Judiciário em decisões, para, por exemplo, não aplicar pena ao agente que esteja respondendo pelo crime de desobediência, delito disposto no art. 330, do Código Penal, quando concorra, para o caso, uma sanção administrativa ou civil.

As determinações, cujo cumprimento, forem asseguradas por sanções de natureza civil ou processual civil, tal quanto às administrativas, especificamente previstas, retiram a tipicidade do delito de desobediência tornando fato penalmente atípico, demonstrado assim o caráter subsidiário do Direito Penal.

Como ressalta Batista (1996, p. 86): o princípio da subsidiariedade vincula-se, necessariamente, à função da pena, uma vez que, se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa.

A remessa para o Direito Penal da solução de conflitos, repete-se, somente deverá ser feita, quando outros meios não sejam bastantes para pacificar a contenda. Tal assertiva é revestida de especial importância, tendo em vista que, na concepção moderna de Estado, a violência que o Direito Penal encerra somente deve ser utilizada nas situações limites, quando importantes e imprescindíveis, para a melhoria das relações interpessoais e sociais. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 282).

A produção legislativa penal foi se tornando cada vez maior até chegar aos dias de hoje em escala. No Brasil, há dezenas de leis em vigor, que de forma exclusiva ou juntamente com disposições de outras ordens, tratam de questões de âmbito penal, o que aponta para uma hipervalorização do sistema punitivo. Ocorre que cada vez mais, em razão da não satisfação com a utilização de leis penais que, em regra, confrontam com normas constitucionais; muitas

vezes, normas que veiculam direitos fundamentais, propugnam pela edição de mais leis penais para satisfazer o desespero da sociedade amedrontada com uma violência crescente.

Já se disse que nem todo bem jurídico requer proteção penal, mas somente aqueles bens jurídicos mais relevantes e eleitos, preferencialmente com base nos valores constitucionais. Do mesmo modo, já se afirmou que, somente os ataques mais graves e intoleráveis é que devem ser punidos na esfera penal. Não obstante a fragmentariedade e subsidiariedade da proteção penal, é preciso que a tutela seja necessária, não sendo suficientes outros meios de defesa menos hostis. Por fim, ela há que ter capacidade de alcançar os fins a que se propôs, utilizando-se de meios legítimos.

Dessa forma, o princípio constitucional da intervenção mínima, fundamento núcleo do princípio da insignificância, expressa tanto a abstenção do Direito Penal de intervir em certas situações, seja em função do bem jurídico atingido, seja pela maneira com que veio a ser atacado, o que lhe dá o traço fragmentário, como também a sua utilização em termos de último argumento. Nesse caso, o sistema criminal é chamado a interceder de forma subsidiária. Somente quando não haja outros instrumentos de controle social é que o Direito Penal encontra-se autorizado a intervir.

Verifica-se, então, que o princípio da intervenção mínima tem seu cerne a partir da constatação, no caso concreto, do grau que assume o binômio subsidiariedade/fragmentariedade, e é o fundamento de existência do princípio da insignificância, que será visto logo a seguir. O mais importante é que todas estas considerações devem estar presentes na mente do legislador no momento de criação, e dos agentes do Direito, dentre eles o do Delegado de Polícia, na interpretação, aplicação e execução das normas penais.

Vê-se, portanto, que o movimento denominado minimalismo penal, tendo como princípio norteador o princípio da intervenção mínima é aquele que mais se aproxima da realidade brasileira. Em que pese alguns dizerem que o Brasil possui um modelo de Política Criminal ambivalente, ou seja, ora é liberal, não intervencionista, (vê-se a edição da lei dos juizados especiais criminais), ora é autoritário e intervencionista, por exemplo, com a edição da Lei dos crimes hediondos, diz Gomes, Molina e Bianchini (2007, p. 304) que: “a legislação penal brasileira tendente a ser autoritária e intervencionista”. Todavia o movimento de Política Criminal que emerge dos princípios e valores constantes na Constituição Federal brasileira foi o não punitivista; em sua vertente moderada, foi o movimento do minimalismo penal.

De tudo que ficou exposto no presente capítulo, verifica-se que a Política Criminal, formada pelo conjunto de princípios e regras, extraídas dos valores constitucionais, também direciona o interprete da norma penal, tal qual ocorre com os princípios constitucionais penais para a aplicação de um sistema punitivo mais humano e justo, voltado a atingir o objetivo central dos princípios constitucionais que é o da dignidade da pessoa humana. Aberto a valores que tendem a se atualizar ao longo do tempo, fazem com que a decisão do operador do Direito, seja, o mais justo possível no caso concreto.

CAPÍTULO 3 - DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3 Conceito do princípio da insignificância

O princípio da insignificância pode ser tido como um postulado de Política Criminal e está ligado ao princípio constitucional implícito da intervenção mínima do Direito Penal e ao movimento de Política Criminal denominado de direito penal mínimo ou minimalismo penal, conforme estudado no Capítulo 2. Não está descrito expressamente no nosso Direito Penal comum, porém há referências ao princípio da insignificância no Direito Penal militar conforme de vê no art. 240, Código Penal Militar⁷, onde o furto de pequeno valor pode até ser substituído por infração disciplinar, ou seja, afasta-se a aplicação do Direito Penal, em consonância com sua característica de *ultima ratio* e aplica-se o administrativo; todavia isso não existe no Direito Penal comum.

A conceituação do princípio da insignificância não se encontra na dogmática jurídica, pois, nenhum instrumento legislativo ordinário o define e até mesmo reconhece formalmente, salvo a referência acima mencionada. O princípio da insignificância tem base constitucional, pois, não se pode confundir a lei com a Constituição Federal; os planos jurídicos são distintos. É de se reconhecer que o Direito não se resume no texto legal; não é só a lei que rege a nossa vida jurídica, existindo princípios jurídicos constitucionais implícitos, que se encontram de forma imanente no ordenamento jurídico e que o condicionam. Extrai-se do sistema constitucional penal.

Desde as lições do jurista alemão Claus Roxin, publicada em meados dos anos 70, em especial com a edição do livro Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, que se sustenta a necessidade de reconstrução de um novo sistema penal fundada na indivisibilidade entre o Direito Penal e a Política Criminal. Os princípios de Política Criminal (exclusiva proteção de bens jurídicos, intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, ofensividade etc.) são relevantes não só para o legislador no momento de construir a norma,

⁷ CAPÍTULO

Do Furto:

Art. 240 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, até seis anos.

§ 1º - Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar.

Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.

§ 2º - A atenuação do parágrafo anterior é igualmente aplicável no caso em que o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal.

senão também para o interprete (delegado, promotor, juiz, advogado) do Direito Penal, que ao analisar as diversas categorias do fato punível (tipicidade, antijuridicidade e punibilidade), assim como os demais pressupostos da pena (culpabilidade, necessidade concreta da pena, etc) deles não pode prescindir. (GOMES, 2009, p. 68-69).

A Política Criminal e o Direito Penal são duas realidades intercambiáveis, que devem ser trabalhadas em conjunto. Quando o operador do Direito interpreta o tipo penal ele tem que excluir aquilo que é insignificante, por força de um princípio de Política Criminal que incide no momento do juízo de tipicidade. Não se interpreta o tipo penal de forma seca, literal; deve-se fazê-lo levando-se em conta vários princípios, dentre eles o da insignificância.

Atribui-se a Roxin, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, a primeira menção ao princípio da insignificância. Para ele, o princípio permite na maioria dos tipos penais fazer-se a exclusão, desde o início, dos danos de pouca importância. Roxin propôs uma solução mediante um recurso à interpretação restritiva dos tipos penais. Formulou, então, em um primeiro momento, no ano de 1964, a tese sobre o princípio da insignificância (das *Geringfügigkeitsprinzip*), como princípio de validade geral para a determinação do injusto. Em 1970, com o lançamento do livro *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, aprofunda seus estudos sobre o tema, servindo de marco, de divisor de águas na doutrina penal. (LOPES, 2000, p. 86-87).

O autor alemão nada mais faz que demonstrar a possibilidade da análise do fato punível, do juízo de tipicidade, levando-se em conta o aspecto material e valorativo do tipo penal, demonstrando a necessidade do reconhecimento de uma dimensão axiológica no juízo de tipicidade, onde antes se fazia apenas a mera subsunção do fato a norma.

O princípio da insignificância nasce com a idéia de que não se justifica punir quem praticou conduta ínfima ao bem jurídico tutelado, em razão das características da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal. O princípio da insignificância não é lei expressa; é um princípio implícito que deriva da Constituição Federal de 1988, mais precisamente do princípio constitucional penal da intervenção mínima; ele está apoiado, estruturado nesses princípios constitucionais e nos da Política Criminal.

Não há ofensa à tipicidade material. A insignificância da lesão ao Direito Penal, só tem espaço em sistemas que admitem a tipicidade material. Nos sistemas formais, da escola técnico-jurídica, em que há somente a adequação do fato à letra da lei – no sistema causal clássico e no finalismo, por exemplo, não é possível sua aplicação. “O princípio da insignificância tem a ver com a gradação qualitativa e quantitativa do injusto, permitindo que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal.” (TOLEDO, 2000, p. 133).

No dizer de Silva (2008, p. 7), não se apresenta um conceito, em sentido estrito; fornece, apenas, os elementos fundamentais para a dedução de uma definição do princípio em estudo. Com efeito, assevera, ainda, que o princípio da insignificância é o princípio penal que norteia a comparação entre o desvalor consagrado no tipo penal e o desvalor social da conduta do agente, aferindo, assim, qualitativa e quantitativamente a lesividade desse fato, para constatar-se a presença do grau mínimo necessário à concreção do tipo penal; se nesse cotejo axiológico verificar-se que o desvalor do ato ou do resultado é insignificante em relação ao desvalor exigido pelo tipo penal, então esse fato deverá ser excluído da incidência penal, já que é desprovido de reprovabilidade jurídica.

Para Vico Mañas (1994, p. 81), o princípio da insignificância pode ser definido como o instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Para Gomes (2009, p. 51) “a chamada criminalidade de bagatela ainda não conta com todos os seus contornos precisos”.

O professor Silva Franco (JUTACrim, Lex, 69/441-442), vincula-o a antijuridicidade material e o faz à força de diversas considerações ao apreciar recurso por absolvição de acusado da prática de furto mínimo. Uma das mais importantes é a de ordem constitucional, dispondo que se vive num Estado de Direito e, conforme Rudolphi, o Estado de Direito implica mais que um Estado de legalidade. Seu verdadeiro fim é a justiça material. A importância significativa que têm as garantias formais contidas no conceito de Estado de Direito não permite que se olvide o segundo elemento fundamental do Estado de Direito: o vínculo jurídico do poder estatal com a idéia de justiça material.

Decidindo questão concreta, posta ao Supremo Tribunal Federal, relacionado ao reconhecimento ou não do princípio da insignificância, o Ministro Eros Grau, em acórdão de sua relatoria, proferido no Habeas Corpus n.º 97.189, para demonstrar a existência, do princípio da insignificância, no Direito Penal contemporâneo, cita a Suma Teológica de São Tomas de Aquino, mostrando que naquela época, já justificava a possibilidade da tolerância em relação algumas práticas compensatórias entre classes sociais. É a chamada compensação oculta – “*oculta compensatio*” – com o objetivo de beneficiar classes subalterna, ou menos favorecidas economicamente na sociedade. Quando o fato praticado é insignificante para o convívio social, não havendo grave ou perigo concreto de lesividade, pode ser tolerado por todos, não se aplica a punição penal.

Esclarece o Ministro Eros Grau, no referido Habeas Corpus, que:

A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística. O princípio se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino⁸, na Suma Teológica, justifica a “*oculta compensatio*”. Aquele que tenta subtrair de um estabelecimento comercial mercadorias de valores inexpressivos deve ser beneficiado com a aplicação do princípio da insignificância. O Direito Penal não deve se ocupar de condutas que não causem lesão significativa a bens jurídicos relevantes ou prejuízos importantes ao titular do bem tutelado, bem assim à integridade da ordem social. (BRASIL, 2009)

Como não há um conceito legal para aplicar o princípio da insignificância, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais do país, têm como parâmetro os critérios fixados pelo Supremo Tribunal Federal, que balizam as diretrizes para o seu reconhecimento, e, por conseguinte, a exclusão da tipicidade material.

No Habeas Corpus n.º 84.412, o Supremo Tribunal Federal indicou quais são os vetores que devem ser seguidos pelos agentes do Direito ou os juizes para o reconhecimento do princípio da insignificância. Dispõe que:

O princípio da insignificância, que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem o sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Tal postulado, que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como: a) ausência de periculosidade social da ação; b) mínima ofensividade da conduta do agente – isto é: mínima idoneidade ofensiva da conduta, c) a inexpressividade da lesão jurídica causada e d) a falta de reprovabilidade da conduta. (BRASIL, 2004)

Este Habeas Corpus é o paradigma a ser seguido por todos os agentes e aplicadores do Direito Penal para o reconhecimento do princípio da insignificância nos casos concretos a serem decididos. Para o Supremo Tribunal Federal o princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados de Política Criminal da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal. Tem a natureza jurídica de excluir, ou de

⁸ Santo Tomás de Aquino que foi chamado o mais sábio dos santos e o mais santo dos sábios, nasceu em família nobre em 1225 no castelo de Roccasecca no reino de Nápoles. Com apenas cinco anos seu pai, conde de Landulfo d’Aquino, o internou no mosteiro de Monte Cassino onde recebeu a educação, a sua família esperava que viesse a ser beneditino e manifestava a esperança de vê-lo como um futuro abade, o que era uma condição de muito prestígio e poder. Aos 19 anos, contra a vontade da família, entrou na Ordem fundada por São Domingos de Guspão. Estudou filosofia em Nápoles e depois em Paris, onde se dedicou ao ensino e ao estudo de questões filosóficas e teológicas. Estudou teologia em Colônia e em Paris se tornou discípulo de Santo Alberto Magno que o “descobriu” e se impressionou com a sua inteligência. Por este tempo foi apelidado de “boi mudo”. Dele disse Santo Alberto Magno: “Quando este boi mugir, o mundo inteiro ouvirá o seu mugido.” Foi mestre na Universidade de Paris no reinado de Luís IX de França morrendo, com 49 anos, na Abadia de Fossanova, quando se dirigia para Lião a fim de participar do Concílio de Lião, a pedido do Papa.

afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. O entendimento apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados: a intervenção mínima do Poder Público.

O sistema jurídico penal há de considerar a relevante circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam, quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor por, não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes, não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Vê-se, com isso que os parâmetros para aplicação do princípio da insignificância são extremamente subjetivos; deve ser analisado cada caso concreto, não há regra legal a ser seguida; o que pode ajudar, em muito, é a jurisprudência dos tribunais; como está sendo aplicado, em quais os casos, mas não há regra formal. Não se deve esquecer que, além dos parâmetros ou critérios fornecidos pela jurisprudência, há, ainda, o subjetivismo do julgador. Se for adepto de um movimento de Política Criminal que prega o recrudescimento do sistema punitivo, sua interpretação do que seja insignificante será mais rigorosa, ao passo que se estamos diante de alguém que se volta mais ao minimalismo ou a intervenção mínima, então, a interpretação será alargada. O Direito Penal, hoje, nessa matéria é o do caso concreto, o dos precedentes dos tribunais.

Para Gomes (2009, p. 71) há ainda outra dificuldade: se devemos analisar os critérios fixados pelo Supremo Tribunal Federal em conjunto ou separadamente? O autor responde à questão dizendo que cada caso é um caso, aliás, para o autor o Direito Penal hoje é o do caso concreto, não há como traçar categorias pré-concebidas e subsumi-las de forma automática às condutas que simplesmente encontraremos a justiça penal. O princípio da insignificância pode ter incidência quando há puro desvalor da ação (mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação e falta e reprovabilidade da conduta) ou o desvalor do resultado (a inexpressividade da lesão jurídica causada) ou ainda a combinação de ambos, da conduta e do resultado.

Não seria errado admitirmos que, hoje, com relação á aplicação do princípio da insignificância, o sistema adotado é o de “precedentes” oriundo do Direito norte americano, e

não o legal ou legislativo (romano-germânico); aliás, com a criação das súmulas vinculantes cada vez mais as decisões dos tribunais tendem a substituir o princípio da legalidade na soluções das lides penais. O chamado *Common law* (do inglês "direito comum") é o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais e não mediante atos legislativos ou executivos. Constitui, portanto, um sistema ou família do Direito, diferente da família romano-germânica do Direito, que enfatiza os atos legislativos. Nos sistemas de *common law*, o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, quando não existe um "precedente", os juízes possuem a autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente. O conjunto de precedentes é chamado de *common law* e vincula todas as decisões futuras. Quando as partes discordam quanto ao direito aplicável, um tribunal idealmente procuraria uma solução dentre as decisões precedentes dos tribunais competentes. Se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, o tribunal é obrigado a seguir o raciocínio usado naquela decisão anterior (princípio conhecido como *stare decisis*). Entretanto, se o tribunal concluir que a controvérsia em exame é fundamentalmente diferente de todos os casos anteriores, decidirá como "assunto de primeira impressão" (*matter of first impression*, em inglês). Posteriormente, tal decisão se tornará um precedente e vinculará os tribunais futuros com base no princípio do *stare decisis*.

Outro ponto importante a ser realçado é o de que, para o reconhecimento da insignificância do fato, para o Direito Penal, não se deve levar em conta aspectos subjetivos do autor. Como vimos no primeiro capítulo da presente pesquisa, a Constituição Federal irradia diversos princípios (valores), tidos como vigas mestras do ordenamento: uns propriamente penais e outros ligados à matéria criminal, que devem ser seguidos para a aplicação de todo o sistema penal, dentre eles o da materialização do fato, ou seja, para que se possa aplicar a sanção penal deve o autor exteriorizar sua conduta. Diante disso, para o reconhecimento ou não do princípio da insignificância (desvalor da conduta, do resultado jurídico, ou de ambos) deve-se levar em conta somente o fato praticado, sem a análise de critérios subjetivizantes.

Assim, se estamos diante de uma única infração penal da qual se possa aplicar o princípio da insignificância não há que se perquirir o *animus* do agente, seus antecedentes, sua vida pregressa, sua reincidência etc. O fato é atípico, porque falta um de seus requisitos objetivos (a tipicidade material) e pronto (Direito Penal é o do fato, não do autor). Este entendimento encontra apoio no Habeas Corpus n.º 34.641 do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu:

[...] circunstancias de caráter eminentemente subjetivo, tais como reincidência, maus antecedentes e, também, o fato de haver processos em curso visando a apuração da mesma prática delituosa, não interferem na aplicação do princípio da insignificância, pois, este está estritamente relacionado com o bem jurídico tutelado e com o tipo de injusto. (BRASIL, 2004).

Esta decisão, exarada no habeas corpus do STJ, deixa claro que a lesividade da conduta, por exemplo, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas, devendo ser aplicado o princípio da insignificância se o seu valor devido for igual ou inferior ao mínimo exigido para a propositura de uma execução fiscal. Ressalta, ainda, que: as circunstâncias de caráter eminentemente subjetivo, tais como reincidência, maus antecedentes e, também, o fato de haver processos em curso visando à apuração da mesma prática delituosa, não interferem na aplicação do princípio da insignificância, pois este está estritamente relacionado com o bem jurídico tutelado e com o tipo de injusto.

Segundo esse entendimento, o autor que furta uma caixa de fósforos em uma grande rede de supermercados (único fato), não deve ser punido, ao menos penalmente, porque sua conduta é materialmente atípica, ainda que ele seja reincidente em crimes contra o patrimônio. Não interessa a circunstância pessoal – reincidência - o que deve ser analisado é o fato por ele praticado (estamos no juízo de tipicidade, hoje enriquecido, como visto). O infrator da norma penal deve ser punido pelo que concretamente e objetivamente faz e não pelo que é. Em Direito Penal não devemos nunca considerar o delito pelo que o sujeito ostenta (antecedentes e reincidência etc) só pelo que ele praticou objetivamente e, na medida em que afetou o bem jurídico protegido, está vedado o Direito Penal do autor. (GOMES, 2009, p. 18).

A mesma solução deve ser dada para aquele que pratica fatos insignificantes em que não há a reiteração contínua; os fatos são desconectados no tempo. São fatos dispersos no tempo; não há a habitualidade, a continuidade, não se estabelece a cumulatividade. Nesses casos se aplica o princípio da insignificância, em que pese a multireincidência do autor.

Todavia a solução não pode ser a mesma para aquele que realiza diversos fatos insignificantes de forma habitual e reiterada, em que se possa estabelecer a cumulatividade, ou seja, se a pessoa subtrai ou se apropria reiteradamente de forma habitual e continuamente, deve-se verificar a resultado de forma global. Quem se apropria, todos os dias, de R\$ 1,00 (um real) do caixa de um supermercado, ao longo de meses, terá subtraído uma importância que passa a ser relevante para o Direito Penal. Apesar de sua conduta, vista de forma individual, não ser significativa para o Direito Penal, ao longo de meses, passa a ser relevante

e ter importância. Aplica-se o princípio da cumulatividade, analisando o fato globalmente, não incidindo o princípio da insignificância.

3.1 Princípio da insignificância e tipicidade material

Como visto, o princípio da insignificância atua na tipicidade material do fato penalmente típico, porém, o que nos interessa é saber como se deu a construção na doutrina do aspecto material do tipo.

Ensina Lopes (2000, p. 110) que para Beling, em 1906, a tipicidade, era infensa a qualquer elemento subjetivo ou valorativo no modelo descritivo de conduta, que era puramente objetivo, porém, mais tarde, Mayer passou a considerar que a conduta tipificada continha o caráter indiciário da ilicitude, ou seja, se se praticasse uma conduta típica, estaria ínsita a sua ilicitude. Mezger, posteriormente, ampliando o pensamento anteriormente exposto, entendia que a tipicidade não era uma simples descrição do caráter indiciário da ilicitude, mas a sua *ratio essendi*, autêntico fundamento de validade.

Posteriormente, o alemão Hans Welzel, desenvolve sua teoria finalista da ação, com o objetivo de deixar clara e compreender as limitações impostas pelo causalismo que não via na intenção do autor um fator relevante para se determinar a estrutura típica do Direito Penal. Anotou que o legislador, ao tipificar as ações humanas, leva em conta o processo causal, porém, não só, deve levar em conta também a vontade direcionada a uma determinada finalidade, não sendo só um processo causal mecânico.

O tipo penal, como imperativo lógico das premissas filosóficas de H. Welzel, configura a descrição da realidade ordenada e valorada da ação humana, que é regida e formada pela vontade finalista, ou seja, pelo conteúdo do querer do agente. Assim, torna-se evidente que o tipo, por consistir na conceituação da conduta, inclui, como dado basilar, o conteúdo da vontade. Isto é, o realmente querido pelo agente, passa a integrar a estrutura do tipo penal. O dolo e a culpa, portanto, constituem dados fundamentais no contexto do tipo penal, que com esse conteúdo, está distante do tipo meramente objetivo e não valorativo de Beling apresentando ao contrário, nuances objetivas e subjetivas. (LOPES, 2000, p. 110).

Segundo Ramirez (1986, p. 54) “para Hans Welzel o Direito Penal está orientado na proteção dos valores elementares de consciência de caráter ético social e, somente por inclusão a proteção dos bens jurídicos particulares.” Conforme visto, Welzel só dava importância em sua teoria finalista para o desvalor da ação, da conduta do agente esquecendo-se do desvalor do resultado e do bem jurídico.

Sintetizando tudo, Gomes (2002, p. 108) escreve que o causalismo de Von Liszt e Beling, do final do século XIX e princípio do século XX, não tinha como eixo do sistema

penal a norma e o bem jurídico por ela protegido. Tudo era regido pela lógica da subsunção formal (conduta adequada à letra da lei). A conquista dos conceitos de norma, de bem jurídico e de ofensa ao bem jurídico advêm no primeiro terço do século XX com o neokantismo⁹, como visto acima, com Mezger, em especial. Todavia, essa conquista desaparece com o Direito Penal nazista nas décadas de 30 e 40, do século XX e não se recupera com o finalismo de Welzel (que nasce logo após a Segunda Guerra Mundial), nem com o funcionalismo de Roxin (1970) e de Jakobs nos anos 80 e 90.

O estudioso do Direito Penal moderno precisa ter a noção de que o bem jurídico sendo o objeto de proteção da norma, passa a ser relevante para a lei penal positiva que é o veículo mediante o qual se expressam as normas jurídicas. Com isso, naturalmente, a lesão ou o perigo concreto de lesão ganha relevo dentro da tipicidade que, então, passa a contar com um conteúdo material (substancial).

O bem jurídico, revelado pela norma valorativa, e sua ofensividade, em síntese, passa a cobrar relevância impar no sistema penal: é, na verdade, o coração do delito. E o tipo penal não só perde a sua neutralidade valorativa, tal como ocorria na construção de Beling, de 1960, senão que se transforma em portador do conteúdo valorativo da infração penal. Em outras palavras, o tipo deixa de ser um simples modelo orientador e, assim, mero indício de antijuridicidade para transmudar-se em um tipo portador de sentido, expressão de danosidade social. (GOMES, 2002, p. 109).

Diante da evolução das ciências criminais e para se resolver problemas que o Direito Penal cria como, por exemplo, os danos que causam na sociedade, adverte Vico Mañas (1994, p 52) que: “a postura de um juízo de tipicidade formal não satisfaz a moderna tendência de reduzir ao máximo a área de influência do Direito Penal de seu reconhecido caráter subsidiário, já que é manifesta a sua ineficiência como único meio de controle social”.

Os juízo de tipicidade, para que tenha significância e não atinja fato que deva ser estranho ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou pela prática do dano irrelevante, deve admitir, doravante, o tipo em sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. (LOPES, 2000, p. 17).

O fato insignificante, em razão da exiguidade penal da conduta ou do resultado, é formalmente típico, mas não materialmente. No Direito Penal moderno, para que haja fato

⁹ A repercussão da filosofia e da metodologia neokantista na sistemática penal foi transcendental. Significou, antes de tudo, o desencadeamento de um processo de transformação de esquema naturalista do delito (da etapa denominada “clássica”, construída por Von Liszt, Beling, etc), concebendo-o de acordo com o método teleológico e, com isso, orientando todas suas categorias aos “valores”.

penalmente punível já não é mais possível realizar o juízo de tipicidade apenas em sua extensão formal ou fática, é preciso analisar, também, sua dimensão material ou valorativa (a norma penal visa a garantir bens jurídicos eleitos pelo legislador, levando-se em conta os princípios do Estado Democrático Social de Direito), conforme decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Habeas Corpus n.º 84.412 (BRASIL, 2004) do qual foi relator o Ministro Celso de Mello.

A tipicidade formal, composta segundo a doutrina majoritária, de conduta, resultado naturalístico, do nexos de causalidade e, por fim, da adequação do fato à letra da lei, não esgota todo o juízo de tipicidade penal (do fato punível). É preciso, ainda, analisar a dimensão axiológica do tipo, a tipicidade material que compreende dois juízos distintos: o de desaprovação da conduta e de desaprovação do resultado jurídico (o resultado jurídico, pois, o naturalístico é analisado na dimensão formal). Nos crimes dolosos, como se sabe, ainda se exige uma terceira dimensão: a subjetiva, ou seja, a imputação subjetiva (GOMES, 2009, p. 66).

O fato materialmente típico é o que efetiva e concretamente ofende ao bem jurídico protegido pela norma. A tipicidade material engloba o resultado jurídico, a imputação objetiva e a imputação subjetiva (nos crimes dolosos). Hoje, de acordo com a doutrina de Luiz Flávio Gomes, Claus Roxin, Zaffaroni, para que um fato seja penalmente típico, e, portanto punível, é preciso estar presente a soma da tipicidade formal e da tipicidade material.

Os estudiosos das ciências penais não podem mais confundir em Direito Penal a causação com a atribuição ou imputação. As questões pertinentes à causação (relação de causa e efeito) ocupam a dimensão fática ou legal (ou naturalística) do fato típico. A doutrina penal clássica cuidou somente dessa dimensão. Esqueceu (quase que) por completo do aspecto da atribuição, da imputação do fato ao agente (como obra dele). As questões relacionadas com a imputação objetiva (atribuição) acham-se atreladas com à dimensão axiológica ou valorativas do fato materialmente típico.

Continua Gomes (2004, p. 86) afirmando que a dimensão axiológica ou valorativa do fato materialmente típico é composta da produção de um resultado jurídico relevante (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido), da imputação objetiva da conduta (leia-se: da criação ou incremento de um risco proibido juridicamente relevante, da imputação objetiva do resultado (ao risco proibido criado ou incrementado).

Vê-se que a conduta pode ser formalmente típica, mas não materialmente, bastando não haver a afetação de forma grave ao bem jurídico que está por detrás do enunciado legal, não essência da norma valorativa. O princípio da insignificância atua, em regra, excluindo o

aspecto material do tipo penal, pois, quem subtrai uma barra de chocolate em um supermercado, formalmente pratica um fato típico – o descrito no art. 155 do Código Penal - sendo possível fazer o juízo de tipicidade por completo, porém, ante a falta, por completo da afetação de forma grave ao bem jurídico protegido, não atinge, em nenhum momento, a dimensão valorativa da norma penal.

Para os formalistas (sistema causal-naturalista, nazismo, finalistas e funcionalistas) a tipicidade se esgota na subsunção formal da conduta a letra da lei; para os neokantistas e Gomes (2002, p. 113-114) com sua teoria constitucionalista do delito “a tipicidade não se esgota na adequação literal ou gramatical da conduta, sendo necessário, sempre, *o plus* da afetação concreta do bem jurídico (delito em sentido material)”. É preciso analisar o sentido valorativo da norma, a ofensividade, a teoria do bem jurídico.

3.2 Princípios da insignificância e exclusão da tipicidade material

Como visto acima, tanto a doutrina quanto à jurisprudência demonstram que o princípio da insignificância exclui a tipicidade material, ou seja, a dimensão axiológica ou valorativa do tipo incriminador. Não haverá tipicidade penal, na sua dimensão material, se não houver o desvalor da ação ou da conduta, se a mesma foi insignificante para atingir o bem jurídico. O princípio da insignificância atua excluindo a tipicidade material porque a ação não gerou um grave risco ao bem jurídico, ou porque o resultado jurídico não foi ofendido de forma relevante, fazendo com que não exista, tanto em uma quanto em outra, a dimensão valorativa no tipo penal.

Quanto ao resultado jurídico, verifica-se, mais uma vez, na doutrina de Gomes (2002, p. 113) que: “o resultado jurídico é um dos requisitos do fato materialmente típico, ou seja, da tipicidade penal, é o primeiro de natureza axiológica (ou valorativa). Pertence, como se vê, à tipicidade material (e, em consequência, à tipicidade penal)”.

Na atualidade, já não se concebe qualquer qualificativo para a antijuridicidade, que é simplesmente a contradição do fato materialmente típico com o Direito; logo o conteúdo do que se chamava de antijuridicidade material, ou seja, a lesão ou o perigo concreto de lesão foi deslocado para o âmbito da tipicidade penal, aliás, mais precisamente, para a esfera da tipicidade material. Verifica-se, com isso, que houve um enriquecimento do tipo penal.

Se as normas penais são, primordialmente, normas de valoração e se a ofensividade (princípio da ofensividade) é requisito imprescindível no conceito de delito, não há como admitir qualquer fato punível sem ofensa ao bem jurídico, isto é, sem resultado jurídico que significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido. Todo crime exige um

desvalor do resultado jurídico, seguindo a fórmula “*nullum crimen sine iniuria*”. Em qualquer delito, além da tipicidade formal, é fundamental que o operador do Direito pergunte se também houve lesão ou perigo concreto para o bem jurídico protegido.

Todavia não se pode confundir, em Direito Penal, o resultado ou resultado típico, que deve ser utilizado no sentido naturalístico, por exemplo, a morte é o resultado naturalístico exigido no crime de homicídio, com o desvalor do resultado que se refere ao resultado jurídico, lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico.

O desvalor da ação, valoração negativa que se faz em relação à conduta do agente é importante em Direito Penal, porém, o ponto de partida do injusto penal é dado pelo desvalor do resultado. Jamais poderá incidir qualquer sanção penal sem a constatação de um resultado jurídico, ou seja, uma lesão grave ou um perigo concreto de lesão ao bem jurídico. Mais uma vez, como dito acima, o bem jurídico demonstrado pela norma valorativa é o coração do delito. Para Gomes (2002, p. 114) todos os crimes são dotados de resultado jurídico (sejam os materiais, formais ou de mera conduta). O desvalor do resultado jurídico está presente tanto no resultado exterior distinto da ação – resultado naturalista, conforme a terminologia tradicional – quanto na modificação do mundo humano, que também se realiza nos delitos tradicionalmente indicados como de mera atividade ou mesmo formais.

Essa interpretação consente e impõe descobrir, em cada delito, um resultado ofensivo com relação ao bem jurídico, resultado lesivo ou concretamente perigoso, pois não há mais de se admitir o chamado perigo abstrato, em face do que vimos no Capítulo 1 desta pesquisa, quando estudamos o princípio da ofensividade. A razão da incriminação deve ser buscada não só em uma contrariedade da vontade do sujeito aos imperativos jurídicos (desvalor da ação), mas, sobretudo, na modificação exterior das relações humanas, enquanto seja objetivamente prejudicial para o bem jurídico tutelado, o desvalor do resultado (GOMES, 2004).

Como dito no início, se o resultado jurídico – a lesão ou o perigo concreto de lesão ao bem jurídico – é requisito essencial do injusto penal, coerentemente com o princípio da necessária ofensividade e o sentido marcadamente valorativo das normas penais, ele deve estar presente, de uma ou de outra forma (explícita ou implicitamente), em todos os delitos.

Do que foi visto até então, o princípio da insignificância atua primordialmente no âmbito do resultado jurídico e, para que este seja considerado penalmente relevante, (significante), e não falte um dos requisitos da tipicidade penal, ele deve ser, na lição de Gomes (2004, p. 91): (a) significativo: não há resultado jurídico relevante, quando ele é insignificante (lesão ou perigo concreto insignificante). Exemplo: o furto de uma cebola, de um palito de fósforo, de uma barra de chocolate etc. Por força do princípio da insignificância

resulta, portanto, excluída a tipicidade penal; (b) ser transcendental, isto é, só é relevante o resultado que afeta bens jurídico de terceiras pessoas ou interesses de terceiros; (c) quando é intolerável, pois há resultados jurídicos que são tolerados, como por exemplo, a violência esportiva, o consentimento da vítima, o princípio da adequação social; (d) quando desvalioso contra o bem jurídico, ou seja, resultado jurídico contra ou para salvar o bem jurídico não são puníveis, por exemplo a cirurgia médica. Se o agente ofende (só) bens jurídicos pessoais, não há crime, não há fato típico, como por exemplo, na tentativa de suicídio, autolesão etc.

Faltando o resultado jurídico relevante, porque os ataques ao bem jurídico realizados ocorreram de modo ínfimo ou insignificante – ausência de ofensividade – não haverá tipicidade penal. Não haverá crime a ser punido; não haverá inquérito policial a ser instaurado pelo Delegado de Polícia; processo penal a ser desencadeada do pelo titular da ação penal; pena a ser aplicada pelo juiz.

3.3 Fatos insignificantes e o crime de bagatela impróprio

Há quem faz a diferenciação entre as infrações que demandam a aplicação do princípio da insignificância e aquelas que dispensariam a sanção da pena criminal, mesmo tendo nascido inicialmente relevantes para o Direito Penal. (GOMES, 2009 p. 27). Para o autor a chamada infração bagatelar ou delito de bagatela expressa a ninharia, algo de pouca relevância, ou seja, o ataque ao bem jurídico protegido pela norma é tão ínfimo que não necessita da atuação do Direito Penal. Dividem-se os delitos de bagatela em: próprios e impróprios. Os primeiros (delitos de bagatela próprios) são em sua classificação os delitos que nascem insignificantes, logo se quer delitos (crimes) podem ser considerados. Os segundos (delitos de bagatela impróprios – princípio da irrelevância penal do fato) são aqueles que nascem relevantes para o Direito Penal, porque há o desvalor da conduta, bem como do resultado, mas depois, durante o processo se verifica que a incidência de qualquer pena (princípio da necessidade da pena) no caso concreto, apresenta-se totalmente desnecessária. Esse princípio está relacionado com a necessidade de aplicação da pena, é um caso de perdão judicial e está na lei, no artigo 59 do CP (pena suficiente e necessária), e não com a estrutura do tipo penal como o da insignificância que não está na lei.

Para o reconhecimento do princípio da irrelevância penal do fato podem ser levados em conta múltiplos fatores: ínfimo desvalor da culpabilidade (se o agente já ficou preso por algum período) a sua colaboração com a justiça, reincidência, reiteração da conduta, etc. Um exemplo do princípio da irrelevância penal do fato, que não pode ser confundido com o

princípio da insignificância é, por exemplo, o roubo de uma folha de papel. Claro que o crime de roubo não pode nascer insignificante [de pronto não é atípica (formal e material) a conduta], é crime complexo, atinge além do patrimônio, também a pessoa, mas, ao final de um processo, em que pode até ter ocorrido a segregação provisória da liberdade do réu mediante a prisão em flagrante, se o juiz entender que o autor já foi punido de alguma forma por aquela conduta, pode conceder uma espécie de perdão judicial com base no art. 59 do CP, verificando que a imposição de pena é desnecessária (necessidade de pena).

Pouquíssimas foram as decisões judiciais em que se reconheceu a irrelevância penal do fato, aliás, a bagatela imprópria ou irrelevância penal do fato é pouco desenvolvida no Brasil.

3.4 O Princípio da insignificância e os delitos patrimoniais

Segundo Lopes (2000, p. 163), um dos campos mais conflituosos para a definição de um parâmetro concreto para o reconhecimento e aplicação do princípio da insignificância tem sido, ao longo do tempo, os delitos patrimoniais. Duas justificativas podem servir para explicar essa afirmação. Inicialmente, porque o desenvolvimento de uma mentalidade que mais aceite aos princípios de um Estado Social e Democrático de Direito, que tende à revalorização dos interesses humanos fundamentais e que é a tônica deste tempo, têm levado mais pessoas a ver, rever e reverter os desastres que uma pena criminal pode causar às vítimas do sistema penitenciário, e o desvalor ético que se projeta na proteção da propriedade com a perda da liberdade do ofensor – o que hoje parece demasiado.

É no campo dos delitos contra o patrimônio, que surgem as maiores dificuldades de aplicação do princípio da insignificância. Várias são as situações que podem levar ou não sua aplicação, devendo ter em conta, ainda, o reconhecimento ou não do privilégio. Qual a diferença entre os delitos contra o patrimônio na figura privilegiada e aquele de tão ínfimo que se deve aplicar o princípio da insignificância do fato?

A doutrina e a jurisprudência tendem a dizer que o reconhecimento do princípio da insignificância aos delitos patrimoniais deve ser feito levando-se em consideração o caso em concreto. É a jurisprudência dos tribunais que vai nos guiar e dizer se no caso concreto, estamos frente à insignificância do fato para o Direito Penal ou frente a um delito contra o patrimônio, na forma privilegiada que deva ser punido criminalmente. “É a casuística que vai definindo, em suma, a aplicação ou não do princípio da insignificância. Considerando-se a

inexistência de lei, o tema fica muito ao sabor das convicções ideológicas de cada julgador.” (GOMES, 2009, p. 145).

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n.º 1.060.971 entendeu que, em caso de crime de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo a (ninharia) e pequeno valor.

Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, deve se levar em conta o bem jurídico tutelado e o tipo penal afrontado, violado. É o que diz parte do decidido:

O pequeno valor, *ex vi legis*, implica, eventualmente, em furto privilegiado; o ínfimo, a ninharia, atípica a conduta, dada a mínima gravidade. A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto. No caso concreto, o furto de um facão, duas facas, duas folhas de facão, dois freios para cavalo com corda, uma manivela com pua, um par de sapatos do tipo botina, uma japona e duas toalhas, avaliados conjuntamente, em R\$ 87,00 (oitenta e sete reais) afasta, a aplicação do princípio da insignificância. (BRASIL, 2008)

Já para outro fato, o furto de um boné, o mesmo tribunal admitiu a incidência do princípio da insignificância, por entender que o bem jurídico tutelado não era relevante e que foi restituído para vítima; o que daria ensejo ao reconhecimento da insignificância da conduta para o Direito Penal. Foi o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus n.º 114.176:

É certo que o pequeno valor da *res furtiva* não se traduz, automaticamente, na aplicação do princípio da insignificância. Não se pode confundir o pequeno valor, com valor insignificante, que é aquele que causa lesão que, de *per si*, não tem qualquer relevo em sede de ilicitude penal.

Consoante se constata dos termos da peça acusatória a *res furtiva* foi avaliada em R\$ 30,00 (trinta reais): embora esse valor não seja ínfimo, a ação pode ser considerada irrelevante para a esfera penal, sobretudo porque o fato não causou qualquer consequência danosa, pois o bem foi devidamente restituído, justificando, assim, a aplicação do Princípio da Insignificância ou Bagatela.

Ressalte-se que não é o simples fato do bem ter sido restituído à vítima que atrai a incidência do princípio da insignificância, porque, por óbvio, tal entendimento equivaleria a considerar atípico o crime de furto tentado.

Todavia, nos termos da melhor jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se aferir o desvalor da ação, nada impede que a inexistência de lesão ao patrimônio da vítima seja considerada, em conjunto com os demais elementos fáticos, para apreciar a mínima ofensividade da conduta do agente e a inexpressividade da lesão jurídica provocada pela ação, uma vez que o bem jurídico tutelado pelo tipo é o patrimônio da vítima que, a toda evidência, não sofreu dano algum. (BRASIL, 2008).

O furto de uma bicicleta para uma grande rede de supermercados gera uma repercussão diversa do que um trabalhador que, em uma cidade pequena, utiliza-a para ir ao trabalho. Para a grande rede, o valor é ínfimo; para o trabalhador não é insignificante. Em

uma pequena cidade do interior do Brasil a não atuação dos órgãos de persecução penal podem gerar grande repercussões.

No ano de 2008, dos 14 casos julgados envolvendo delitos patrimoniais, o Supremo Tribunal Federal admitiu a aplicabilidade do princípio da insignificância nas seguintes hipóteses: furto de 5 peças de roupas usadas no valor de R\$ 95,29, Habeas Corpus n.º 92.411 (BRASIL, 2007); tentativa de furto de roupas avaliadas em R\$ 65,00, Habeas Corpus 94.415 (BRASIL, 2008); tentativa de subtrair bens em um supermercado que somavam R\$ 86,50, Habeas Corpus n.º 92.744 (BRASIL, 2008); furto de um violão no valor estimado em R\$ 90,00, Habeas Corpus n.º 94.770 (BRASIL, 2008).

O Supremo Tribunal Federal, julgando a matéria, posicionou-se de modo concreto, quanto aos requisitos para se aplicar o princípio da insignificância nos delitos patrimoniais. É o que se extrai do Habeas Corpus n.º 100.311, onde segundo o tribunal:

A recepção de um walk man, avaliado em R\$ 94,00, e o posterior comparecimento do paciente perante a autoridade policial para devolver o bem ao seu dono, preenchem todos os requisitos do crime de bagatela, razão pela qual, a conduta do autor deve ser considerada materialmente atípica. (BRASIL, 2010)

Com efeito, novamente indicou quais são os requisitos para o reconhecimento do princípio da insignificância, nos casos de delitos patrimoniais: mínima ofensividade da conduta do paciente; ausência de periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Todos os demais delitos patrimoniais que não preencherem os parâmetros estipulados pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n.º 84.412 (BRASIL, 2004), que serve de paradigma, não poderão ser tidos como insignificantes para o Direito Penal.

No Habeas Corpus n.º 97.012, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o princípio da insignificância ou bagatela, nos crimes contra o patrimônio, não pode ser aplicado tão somente levando-se em consideração a mínima ofensividade da conduta do agente; a nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e ainda, por ultimo, a inexpressividade da lesão jurídica provocada, mas também, é preciso levar em conta o valor da coisa subtraída.

No caso, com bem observou o Ministro relator Joaquim Barbosa:

O paciente "invadiu, em plena luz do dia, o estabelecimento comercial da vítima, escalando uma cerca de aproximadamente 2,5 metros de altura, para subtrair uma janela de ferro colocada para venda, avaliada em R\$ 100,00 (cem reais) revelando o elevado grau de reprovabilidade social de seu comportamento, o que torna inaplicável ao caso o princípio da insignificância. (BRASIL, 2010)

Quanto ao delito patrimonial de roubo, tipificado no art. 157, do Código Penal, a jurisprudência unânime entende não ser possível o reconhecimento do princípio da insignificância, tendo em vista, ser o crime complexo, em que parte é cometida com violência ou grave ameaça à pessoa. A tutela da norma não é só contra o patrimônio. É uníssona a doutrina e a jurisprudência de que, quando houver violência ou grave ameaça à pessoa, não é possível a aplicação do princípio da insignificância. O Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n.º 96.671 deixa entrever o entendimento acima, quando esclarece que: “o crime de roubo visa a proteger não só o patrimônio, mas, também, a integridade física e a liberdade do indivíduo, sendo que desse modo, ainda que a quantia subtraída tenha sido de pequena monta, não há como se aplicar o princípio da insignificância diante da evidente e significativa lesão à integridade física da vítima do roubo”. (BRASIL, 2009)

Em outro julgado, Habeas Corpus n. 95.174, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal reafirma o entendimento de que no delito de roubo não é possível a aplicação do princípio da insignificância. Vejamos parte do julgado extraído do referido habeas corpus:

[...] a Segunda Turma desta Corte afirmou entendimento no sentido de ser "inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo (art. 157, CP), por se tratar de crime complexo, no qual o tipo penal tem como elemento constitutivo o fato de que a subtração de coisa móvel alheia ocorra 'mediante grave ameaça ou violência à pessoa', a demonstrar que visa proteger não só o patrimônio, mas também a integridade pessoal". (BRASIL, 2008)

Para a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, como visto, é inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo, art. 157, do Código Penal, por se tratar de crime complexo, no qual o tipo penal tem como elemento constitutivo o fato de que a subtração de coisa móvel alheia ocorra mediante grave ameaça ou violência à pessoa, a demonstrar que visa a proteger não só o patrimônio, mas também a integridade pessoal.

Não se pode olvidar que o gasto com um processo é muito alto. Estimativas feitas apontam que o Poder Judiciário gasta em média, R\$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais) para julgar uma tentativa de furto de R\$ 5,89 (cinco reais e oitenta e nove centavos). No Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte do país, o custo médio do processo, em 2009, foi de R\$ 3.775,06 (três mil setecentos e setenta e cinco reais e seis centavos). (BRASIL, 2010) o que deve ser levado em conta por aqueles que, de alguma forma, atuam na prestação da justiça criminal.

3.5 O princípio da insignificância e sua aplicação pela justiça militar

Não há dúvidas de que é possível a aplicação do princípio da insignificância no crime militar. Aliás, única legislação que, textualmente, permite a substituição do crime (subsidiariedade) pela infração administrativa, quando se verificar a ínfima ofensa ao bem jurídico, conforme dispõe o art. 240, do CPM. Todavia os tribunais ressaltam que, quando se aplica o princípio da insignificância na Justiça Militar, deve-se levar em conta as peculiaridades do regime militar, os pilares de sustentação de qualquer regime militar – a hierarquia e disciplina. A Ministra Ellen Gracie no julgamento do Habeas Corpus n.º 94.931 entendeu que: “é possível a aplicação do princípio da insignificância na justiça militar, porém, levando-se em conta a especificidade da natureza militar”.(BRASIL, 2008)

Entendeu a Ministra Ellen Gracie, no referido habeas corpus, que há a possibilidade de se reconhecer a atipicidade da conduta dos autores com base no princípio da insignificância, já que os mesmos foram denunciados como incurso nas sanções do art. 195, do Código Penal Militar¹⁰. Entendeu que:

Não ocorrendo ofensa grave ao bem jurídico tutelado pela norma penal, por ser mínima (ou nenhuma) a lesão, há de ser reconhecida a excludente de atipicidade representada pela aplicação do princípio da insignificância. O comportamento passa a ser considerado irrelevante sob a perspectiva do Direito Penal diante da ausência de ofensa ao bem jurídico protegido. Devido à sua natureza especial, o Direito Penal Militar pode abrigar o princípio da insignificância com maior rigor, se comparado ao Direito Penal Comum. Assim, condutas que podem, teoricamente, ser consideradas insignificantes para o Direito Penal Comum não o são para o Direito Penal Militar, devido à necessidade da preservação da disciplina e hierarquia militares. (BRASIL, 2008)

Em outro julgamento, no Habeas Corpus n.º 99.207, o Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, reconheceu ser possível a aplicação do princípio da insignificância na Justiça Militar, porém, condicionando a um rigor maior na interpretação dos critérios fixados, em face, da natureza especial do crime militar.

Entendeu, mais uma vez, a corte máxima do Poder Judiciário, que:

Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados em conta 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, e no caso concreto, em que foi subtraída quantia superior à do salário-mínimo e o delito foi praticado dentro de estabelecimento militar, não foi concedido o habeas corpus, pois, para o

¹⁰ Art. 195 CPM Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo:

Pena: Detenção de três meses a um ano.

reconhecimento de furto privilegiado, o Código Penal Militar, exige que os bens subtraídos sejam restituídos à vítima, o que não ocorreu. (BRASIL, 2009)

No Habeas Corpus n.º 98.159, o Supremo Tribunal Federal deixa expresso que aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, depende de que esta seja a tal ponto irrelevante que não seja razoável a imposição de sanção penal. No caso, não apenas a conduta afigura-se penalmente relevante, como também a “res furtiva” - um laptop que pertence à Fazenda Nacional. O tribunal entendeu que: “é inaplicável o princípio da insignificância ao fato, em face, da existência do disposto no art. 240, §§ 2º e 5º do Código Penal Militar, pois, a “res furtiva” não era insignificante a ponto de tornar o fato insignificante para o âmbito do Direito Penal” (BRASIL, 2009). Vê-se que levou em conta não só a conduta praticada, mas também o objeto que foi subtraído.

Conforme visto, é amplamente aceita a tese da aplicação do princípio da insignificância na Justiça Militar, porém, com uma interpretação mais rígida quanto ao que vem a ser insignificante, pois, devem se levar em consideração as características especiais do regime militar. É preciso ter em conta que os militares estão adstritos à rígida hierarquia e à disciplina, característica do regime castrense. E isso faz com que a aplicação do princípio da insignificância se dê com reservas.

3.6 O princípio da insignificância e os delitos tributários e de descaminho

Em face da análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que reconhecem e aplicam o princípio da insignificância aos delitos tributários, de descaminho, bem como na esfera das contribuições sociais ou previdenciárias, o fator central é o valor mínimo exigido para que se proceda ao ajuizamento da execução fiscal. No valor do crédito, deve estar computado tudo, inclusive as multas. Se o total não ultrapassa o valor aceito para o ajuizamento fiscal, deve ter incidência o princípio da insignificância. O valor do crédito é utilizado como parâmetro para se estabelecer o princípio da insignificância, pois, se não há a necessidade da intervenção da execução fiscal, com muito menos razão para a atuação do Direito Penal.

O critério para se reconhecer o princípio da insignificância nos crimes tributários e no descaminho é unicamente o valor do crédito, do ajuizamento da execução fiscal. Os crimes tributários e de descaminho são peculiares, logo se deve aplicar a insignificância também desta forma, seguindo as suas peculiaridades. Claro que isso não é válido, por exemplo, para o

crime de furto, que segue a regra geral do princípio da insignificância (do caso concreto), a regra geral do Direito Penal. Cada caso é um caso em Direito Penal.

Segundo Gomes (2009, p. 107), a jurisprudência dos tribunais evoluiu muito nessa matéria, firmando-se a partir de 19.02.2008, quando a 1ª turma do STF, no HC 92.740, relatora Ministra Carmen Lúcia, admitiu o valor de R\$ 10.000,00. Em 18.08.2008, a 2ª turma do STF, no HC 92.438-PR, sendo relator o Ministro Joaquim Barbosa, voltou a aceitar o valor de R\$ 10.000,00, como limite do princípio da insignificância, por força da Lei Federal nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, no art. 21, que fixou esse valor para o ajuizamento da execução fiscal da União. Esse mesmo limite foi reiterado na MP 449/2008 (art. 1º, §1º) convertida na Lei Federal nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que passou a considerar até R\$ 10.000,00 como dívida de pequeno valor (que não justifica o ajuizamento da ação fiscal). Ainda, segundo o autor, se o crédito até esse montante não é relevante para fins fiscais, como muito maior razão não é para fins penais.

Tudo quanto foi dito para os crimes contra a ordem tributária deve também valer, para o delito de descaminho e contrabando. Aliás, no âmbito jurisprudencial isso já vem sendo aplicado. No Habeas Corpus n.º 100.513, oriundo Supremo Tribunal Federal, a questão de direito tratado foi a suposta atipicidade da conduta realizada com base no princípio da insignificância, sendo reconhecido o princípio para excluir a tipicidade penal do fato.

No Habeas Corpus, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

A ré foi denunciada pela suposta prática do crime previsto no art. 334, § 1º, do Código Penal, no qual os valores dos tributos sonegados seriam de R\$ 381,26 (trezentos e oitenta e seis reais e vinte e seis centavos). Enquanto a autora era denunciada pelo delito acima tipificado o art. 20 da Lei 10.522/02 determinava o arquivamento das execuções fiscais, sem baixa na distribuição, quando os débitos inscritos como dívida ativa da União fossem iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Afasta-se a aplicação da Súmula 691/STF - segundo a qual "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar" concedendo a ordem de ofício. (BRASIL, 2010)

Vale ressaltar, do julgado, que o crédito da União não desapareceu. Somente não se ajuíza a execução fiscal, naquele momento, em razão do valor. O crédito continua a existir; tanto é assim que, desde que surjam outros créditos, quando o total ultrapassar o limite dos R\$ 10.000,00, é realizada a execução fiscal. Todavia, mais uma vez, Gomes (2009, p. 114) disserta que: "já teria tido incidência, no âmbito penal, o princípio da insignificância, não sendo possível a propositura de ação penal".

Nos delitos previdenciários (apropriação indébita previdenciária e sonegação previdenciária art. 168-A, § 3º, inciso II e art. 337-A, § 2º, inciso II, do CP) outro não pode ser o entendimento do realizado nos crimes tributário e de descaminho. No início, aplicava-se a insignificância para créditos de até R\$ 1.000,00; posteriormente, passou-se para R\$ 2.500,00 por força da MP 1.973-63, de 29 de junho de 2000 (se não era suficiente para executar não era para o Direito Penal); em 1999, pulou para R\$ 5.000,00 por força da portaria 4.940/99, do MPS (é assim até hoje na jurisprudência para os crimes previdenciários), porém, hoje, já se torna defensável, em face do princípio da igualdade, visto sob o ângulo valorativo, a tese dos R\$ 10.000,00. Se o valor, hoje admitido pelo Supremo Tribunal Federal (HC 92.438-PR), é de R\$ 10.000,00 (por força da Lei 11.033/2004, art. 21), nos casos de crédito tributários, nada impede estender esse limite também para os delitos previdenciários. O art. 21, citado faz referência a débitos da Fazenda Nacional, que hoje são arrecadados pela Super Receita. Quem arrecadava contribuição social antes era o INSS. Agora, com a Super Receita, cabe à Fazenda Nacional arrecadar e fiscalizar todos os tributos e contribuições sociais; logo não há como distinguir o tratamento tributário do previdenciário do outro. O bem jurídico é o mesmo; o critério da insignificância tem que ser o mesmo. (GOMES, 2009, p. 115).

3.7 A aplicação do princípio da insignificância nos delitos contra a administração pública

A jurisprudência unânime do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de não se reconhecer a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos delitos ocorridos contra a Administração Pública. Entendem os juízes que, nos delitos contra a administração pública, o que se busca é resguardar, antes de tudo, a credibilidade na administração, a moral do serviço público, o que é incompatível, com a aceitação de violações penais, ainda que ínfimas. A norma penal visa a preservar, não somente o aspecto patrimonial, mas também o valor credibilidade que deve haver na coisa pública.

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça, valendo-se da jurisprudência unânime da Corte, inclusive de ambas as Turmas da 3ª Seção, que há impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância ao crime praticado contra a Administração Pública, fazendo, inclusive, incidir aos casos a súmula 83/STJ¹¹. A Administração Pública deve transparecer

¹¹Corte Especial Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão da recorrida.

moralidade e credibilidade, valores que a norma penal, também, deve proteger em se tratando de bem público, de coisa pública.

O REsp n.º 65.594-6, deixa expressa a impossibilidade do reconhecimento do princípio da insignificância aos delitos praticados contra a Administração Pública, ao mencionar que:

A norma penal nos delitos contra a Administração Pública visa buscar não só o resguardo do patrimônio, mas também o moral da Administração, sua credibilidade. É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. Ressalta-se, ainda os diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a esse respeito. (BRASIL, 2007)

No REsp n.º 106.253-3 o Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez, entendeu que o princípio da insignificância surgiu como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, e que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

Ressaltou o Ministro Arnaldo Esteves Lima no julgado que:

[...] é indiscutível a relevância do princípio da insignificância, na medida em que exclui da incidência da norma penal àquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico, porém, no presente caso em que o recorrente, valendo-se da condição de funcionário público, subtraiu produtos médicos da Secretaria Municipal de Saúde de Cachoeirinha-RS, avaliados em R\$ 13,00, torna-se inaplicável o princípio da insignificância, pois, nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. (BRASIL, 2009)

A jurisprudência é pacífica em não admitir a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados contra a Administração Pública, em razão, da credibilidade que tem que se ter nessa seara. Não é possível que um servidor, por exemplo, possa praticar um delito contra um órgão público e, por menor que seja a afetação ao bem jurídico protegido, não ser punido penalmente.

3.8 Princípios da insignificância e o porte de drogas

Apesar das divergências jurisprudenciais, são numerosas as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a aplicação do princípio da insignificância, para aquele flagrado portando ínfima quantidade de droga para o seu uso.

O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 94.583, entendeu que “é possível a aplicação do princípio da insignificância à posse e ao uso de substância entorpecente” (BRASIL, 2008). No caso concreto, o autor estava possuindo, para consumo próprio, a quantia de 8,24 gramas de droga conhecida popularmente como maconha.

O Habeas Corpus 90.125, do Supremo Tribunal Federal, traz quais são os requisitos para o reconhecimento do princípio da insignificância para as condutas de quem porta droga para consumo próprio. Esclarecendo a jurisprudência, ainda, que:

A própria Lei Federal nº. 11.343/2006 --- nova Lei de Drogas --- veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de Termo Circunstanciado, demonstrando a preocupação, do Estado, em alterar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas. Devendo a punição severa e exemplar ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. Impõe-se a aplicação do princípio da insignificância, seja porque presentes os requisitos, de natureza objetiva, seja por imposição do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2008)

Para o crime de tráfico de drogas o entendimento é completamente diferente. A jurisprudência unânime não admite a aplicação do princípio da insignificância para afastar a tipicidade material do fato, quando o crime praticado for o de tráfico de drogas, seja qual for a quantidade da droga encontrada. O Supremo Tribunal Federal decidiu a questão no Habeas Corpus n.º 87.319, entendendo que:

No crime de tráfico de drogas não é possível o reconhecimento do princípio da insignificância. O autor foi surpreendido com pequena quantidade de droga, apenas três gramas, tentando introduzi-la, em estabelecimento penitenciário para venda a detentos. Prevalecem as circunstâncias da atuação delituosa - introdução da droga em penitenciária para venda a detentos. (BRASIL, 2006)

Já o crime de porte de droga, para consumo próprio, poderia ter deixado de estar no rol de infrações penais no Brasil há muito tempo. Em que pese, o consumo de droga movimentar a venda e estimular a difusão da droga na sociedade, lesando a saúde pública; claro está que o consumidor não pode ser punido penalmente por ser flagrado portando droga para seu consumo. Uma das características do princípio da ofensividade é a sua transcendentalidade, ou seja, se a conduta não afetar bem jurídico de terceiros, não há que se falar em infração penal. É perfeitamente aplicável o princípio da insignificância àquele que é

encontrado portando pequena quantidade de droga para seu consumo. O mesmo não se pode dizer daquele flagrado portando droga para mercancia, para o tráfico.

3.9 Os atos infracionais e o princípio da insignificância

É perfeitamente possível a aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais. O Estatuto da Criança e Adolescente não descreve os delitos, apenas diz que são atos infracionais os delitos e as contravenções praticadas. Vê-se que tudo quanto se aplica ao fato punível, (crime) também vale para os atos infracionais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decidiu, no Habeas Corpus n.º 98.381, que “o princípio da insignificância é aplicável aos atos infracionais, desde que verificados os requisitos necessários para a configuração do delito de bagatela” (BRASIL, 2009). O caso sob exame, todavia, apresentou aspectos particulares que impediram a aplicação do referido princípio.

São os atos infracionais, condutas tidas com infrações penais, ou seja, tudo o que for aplicado para os crimes e as contravenções, quanto à sua estrutura e categorias, devem ser aplicadas aos atos infracionais, praticados por adolescente. Logo, se o ato infracional é insignificante de acordo com os critérios fixados pelo Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em medida sócio educativa a ser aplicada ao adolescente infrator.

3.10 Aplicação do princípio da insignificância em crimes ambientais

Na obstante, a tutela penal ambiental vise a proteger bem jurídico de relevante valor social, deve, contudo, observar os princípios constitucionais que orientam o Direito Penal, em face, dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. “Exsurge patente, pois a necessidade de se submeter o tipo penal ambiental realizado ao crivo do princípio da insignificância para verificar-se a concretização da tipicidade penal”. (SILVA, 2008, p. 79-80).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite, de forma ampla e pacífica, a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais; apenas a título de exemplo, no Habeas Corpus n.º 93.859, reconheceu-se a “atipicidade material da conduta de uso de apetrecho de pesca proibido por restar evidente a completa ausência de ofensividade, ao menos em tese, ao bem jurídico tutelado pela norma penal, qual seja, a fauna aquática” (BRASIL, 2009). Entendeu que há completa ausência de justa causa para o seguimento da ação penal, reconhecendo a insignificância da lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal.

No Habeas Corpus nº 86.913, do mesmo Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Arnaldo Esteves Lima reconheceu a existência da chamada teoria constitucionalista do delito, apontando em sua decisão que:

A conduta dos réus, embora se subsuma à definição jurídica do crime ambiental – art. 34 da Lei Ambiental e se amolde à tipicidade subjetiva, uma vez que presente o dolo, não ultrapassa a análise da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva, e então concedeu a ordem para determinar a extinção da ação penal instaurada contra os pacientes. (BRASIL, 2008)

É perfeitamente possível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos ambientais, não havendo nenhuma especificidade que possa afastar seu reconhecimento. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência são uníssonas em admiti-la, afastando a tipicidade material de condutas que não lesem o bem jurídico de forma grave e relevante.

No âmbito de proteção ao meio ambiente, o Direito Penal deve atuar como *ultima ratio* do sistema, tendo caráter subsidiário em relação à responsabilização civil e administrativa de condutas ilegais. Em primeiro lugar, aplicam-se as medidas da esfera do Direito Civil e Administrativo e, se não se relevar suficiente para o fato, aí, sim, devemos recorrer ao Direito Penal.

3.11 Princípio da insignificância e os crimes de prefeitos

Quanto aos delitos praticados por prefeitos que agindo nesta condição causam dano ao erário, o entendimento jurisprudencial majoritário do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância. Entende o Superior Tribunal de Justiça que não é possível ter como insignificante, por exemplo, as despesas com doações avaliadas em R\$ 1.260,00 não previstas em lei realizadas por prefeito. O detentor de cargo eletivo, Presidente da República, Deputado Federal, Senador, Governador, Deputados Estaduais, Vereadores devem obediência aos mandamentos legais e constitucionais, em especial aos princípios afetos à Administração Pública, quais sejam: legalidade, moralidade, publicidade e a eficiência.

Corroborando o acima alinhavado, no Habeas Corpus nº 67.159, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que:

É inaplicável o princípio da insignificância, porque não se pode ter como insignificante o desvio de bens públicos levado a cabo por Prefeito Municipal, que, no exercício de suas funções, deve obediência aos mandamentos legais e constitucionais, notadamente ao princípio da

moralidade pública. A realização por Prefeito Municipal de despesas com doações a pessoas físicas sem, contudo, lei específica que autorizasse tal ato contraria o disposto no art. 26 da LC 101/2000 e constitui, em tese, crime de responsabilidade. (BRASIL, 2005)

O Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, entendeu, no Habeas Corpus n.º 88.941, que “diante dos fatos apresentados descabe agasalhar o princípio da insignificância, consoante o qual não se devem ser levados em conta a qualificação do agente e os valores envolvidos, mormente quando se trata de prefeito e de coisa pública”. (BRASIL, 2008)

Os entendimentos da jurisprudência é contrariado pela doutrina de Gomes (2009, p. 149), a quem: não é possível fazer diferença para a aplicação do princípio da insignificância pelo fato de o autor ser ou não prefeito municipal. Para o autor, o fato de o agente ser prefeito municipal não pode, por si só, já excluir de plano a incidência do princípio da insignificância. O fato de o delito atingir o erário, não impede, por si só, a aplicação desse princípio. Tudo depende do caso concreto. Hoje, a jurisprudência já construiu vetores orientadores sobre o tema. A denegação *in genere* do princípio da bagatela, só em razão da qualidade do agente ou do bem jurídico, contraria a lógica do razoável. Direito Penal é direito do caso concreto. Não se pode negar a incidência do princípio da insignificância genericamente.

3.12 Crimes contra a relação de consumo e o princípio da insignificância

Quanto à aplicação do princípio da insignificância aos delitos contra os consumidores, ou contra a relação de consumo, o que deve ficar claro para o seu reconhecimento, ou não, é a relevância do bem jurídico protegido e não a quantidade de unidade do produto considerada imprópria para o consumo. É preciso se verificar se a conduta criou ou colocou em risco bem jurídico protegido, a ofensividade e a periculosidade para a saúde humana. É o nível de perigo causado para a saúde humana que interessa. Do Direito Penal é o do caso concreto, e a lesão ao bem jurídico deve ser grave e concreta, não importando a quantidade de itens que a causou.

O Supremo Tribunal Federal, julgando o Habeas Corpus n.º 88077, decidiu que:

[...] há crime contra a saúde pública na colocação, no mercado, de duas garrafas de refrigerante impróprio para consumo, art. 7º, inc. IX e § único, cc. art. 11, caput, da Lei nº 8.137/90. O fato é típico. Não se aplicando o princípio da insignificância, pois, o delito atenta de imediato contra as relações de consumo. (BRASIL, 2006)

O que fica claro, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é que, o que se deve antever, é a afetação ao bem jurídico protegido pela norma penal. Não interessa a

quantidade de produto posto à venda, ou comercializável; o que interessa é se a conduta tem capacidade de lesar significativamente esse bem protegido. Isto é o que interessa na aplicação do princípio da insignificância nas relações de consumo.

3.13 O princípio da insignificância e lesão corporal

Perfeitamente possível a aplicação do princípio da insignificância ao delito de lesão corporal descrito no art. 129 do CP, em especial, nas lesões corporais de natureza leve. “Se a ofensa ao bem jurídico protegido pela norma penal não foi grave e intolerável, é perfeitamente possível se aplicar o princípio ao fato.” (LOPES, 2000, p. 160-161). Da mesma forma, é a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, como se vê no Habeas Corpus nº 66.869, quando se decidiu que “a lesão corporal em razão de inexpressível lesão decorrente de acidente de veículo, gerando pequena equimose dá ensejo a aplicação do princípio da insignificância”. (BRASIL, 1988)

Da mesma forma, é possível a aplicação do princípio da insignificância quando a da prática do delito de lesão corporal leve, se o fato não resulta consequência maior para a vítima. O princípio da insignificância é aplicável no âmbito da Justiça Militar de forma criteriosa e casuística. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n.º 95.445, se:

[...] a lesão corporal é leve, consistente em único soco desferido pelo paciente contra outro militar, após injusta provocação deste e não provocou outros danos, pode-se impor o trancamento da ação penal, em face, do princípio da insignificância, pois, o Direito Penal não há de estar voltado à punição de condutas que não provoquem lesão significativa a bens jurídicos relevantes, prejuízos relevantes ao titular do bem tutelado ou, ainda, à integridade da ordem social. (BRASIL, 2008)

A aplicação do princípio da insignificância é medida que tem por objetivo a correta aplicação do tipo penal, para o caso concreto. O positivismo, como teoria jurídica, caracteriza-se por afastar do Direito as dimensões sociais e políticas, tem por objetivo a segurança jurídica, porém se afasta na prática de situações concretas, em que a aplicação literal do tipo penal provoca, às vezes, consequências mais graves do que a própria afetação do bem jurídico protegido. Deve o interprete e o aplicador da norma penal corrigir as distorções que possam ocorrer nos casos concretos e aplicar o Direito Penal da forma mais justa possível para o fato praticado.

CAPÍTULO 4 - O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SEU RECONHECIMENTO PELO DELEGADO DE POLÍCIA

4 Atribuições constitucionais dos Delegados de Polícia na Constituição Federal de 1988

O poder de polícia, pertencente a Administração Pública é exercido pelas polícias administrativa e judiciária. A divisão de atribuições está delineada no texto constitucional e nas legislações infraconstitucionais, cabendo à polícia administrativa a realização da função preventiva, evitando-se que a infração penal ocorra, com pulverização de agentes uniformizados na sociedade; e à polícia judiciária, dirigida, por Delegados de Polícia, realização da investigação criminal com a finalidade de comprovar a materialidade e apontar a autoria do fato típico penal, auxiliando o titular da ação penal, o Ministério Público nas ações penais públicas ou querelante nas ações penais privadas a formarem suas convicções jurídicas sobre a existência de indícios aptos a dar ensejo a propositura da ação penal. Nesse momento não se exigem juízos de certeza quanto à prática da infração penal; bastando indícios da sua existência é possível a adflagração da *persecutio criminis*.

A polícia judiciária tem, como natureza jurídica, ser auxiliar da justiça. No Brasil, é formada pelas Polícias Cíveis, no âmbito estadual, e Polícia Federal, no da União. Possui a missão, como regra, de realizar a investigação criminal, sempre de acordo com os princípios e valores constitucionais, estabelecidos pela Constituição Federal, buscando a comprovação dos fatos delituosos com base em provas lícitas e em um procedimento administrativo denominado inquérito policial.

O Delegado de Polícia é, em regra, o primeiro dentre as demais carreiras jurídicas da persecução penal a tomar conhecimento do fato aparentemente punível e a “traduzi-lo” para a linguagem jurídica, realizando o primeiro juízo de valor jurídico quanto à existência do crime para que possa, a partir daí, atuar. Aliás, de sua interpretação em relação aos fatos praticados, defluem importantes prerrogativas aos investigados. “É o primeiro receptor do caso concreto, sendo-lhe compelido pelo ordenamento jurídico agir com cautela e prudência ante a íntima proximidade das suas atribuições para com o direito fundamental da liberdade da pessoa humana.” (BRUTTI, 2007, p. 17).

A Constituição Federal de 1988, no Título V - Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas, dimensiona a atuação da polícia judiciária que, como visto, só pode ser dirigida por Delegados de Polícia. Como se vê, o artigo 144, § 4º da Constituição

Federal, ao dispor e ao mesmo tempo limitar, que é sua função constitucional da polícia judiciária, a realização da investigação criminal, com exceção da apuração de crimes militares, demonstra a importância que têm os órgãos policiais para com a manutenção da democracia e do Estado de Direito no país. Sua atuação deve sempre se pautar, com respeito aos valores e princípios irradiados pelo texto constitucional.

Compete, portanto, aos Delegados de Polícia, mercê de sua formação jurídica, a realização das investigações criminais, de acordo com os valores do Estado Democrático de Direito, tendo como limite de atuação os princípios e regras constitucionais relacionados a sua seara de ação. Estes possuem parcela do poder de punir do Estado, logo, sua atuação deve estar vinculada estritamente ao comando legal constitucional. Os Delegados de Polícia jamais poderão deixar em segundo plano sua função institucional de primeiro garantidor da regularidade da persecução penal, que deve ser realizado com base nos princípios e regras fundamentais da Constituição Federal de 1988, em especial, tendo como norte de ação a dignidade da pessoa humana, não se contentando com o simples exercício de uma atividade investigativa a qualquer custo. Deve ter em mente que, em Direito Penal, ou melhor, para se apurar a autoria do infrator da norma penal, os fins não justificam os meios.

O papel de evitar investigações criminais e prisões infundadas, alheias aos ditames constitucionais, ao Direito Penal constitucional, é a pedra angular da instrução preliminar, da primeira fase da persecução penal, pois, em realidade, é dever do Delegado de Polícia esclarecer o fato delituoso e, com isso, também assegurar à sociedade que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, não menos grave é o mal causado por processar ou prender um inocente sem as garantias constitucionais. Não por isso, Lopes Junior (2009), entende ser “o Delegado de Polícia o primeiro garantidor da legalidade da persecução estatal”.

Diante do que foi exposto, até então, fica claro que os Delegados de Polícia devem levar em conta, ao iniciar a persecução criminal estatal, a análise dos princípios e regras da Política Criminal constitucional, seus movimentos e tendências, que orientam e vinculam a interpretação da dogmática jurídica-penal. Os Delegados de Polícia, como agentes do Direito que são, não podem se esquecer, na sua atuação, dos princípios e valores dispostos na Constituição Federal, que estão diretamente afetos ao Direito Penal ou exercem influência na seara penal.

A possibilidade de reconhecimento, ou não do princípio da insignificância, reflexo, do princípio constitucional da intervenção mínima do Direito Penal, fundamentada na sua

fragmentariedade e subsidiariedade, tido pela doutrina, como critério de interpretação restritiva dos tipos penais, tem íntima relação com a atuação dos Delegados de Polícia.

Só é possível se interpretar e aplicar o Direito Penal de hoje, do século XXI se, levarmos em conta os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, pois eles transitam e penetram na dogmática jurídica penal orientando-a. Não há como os Delegados de Polícia, agentes da persecução penal que são, deixarem de reconhecer essa modificação estrutural.

As autoridades policiais só devem instaurar os inquéritos policiais, quando se convencerem da existência da prática de uma infração penal; ora, se o fato for de pronto tido por ele, como materialmente atípico, por ser insignificante para o Direito Penal, não há como se dar início à persecução penal por essa via.

O mesmo deve acontecer, quando analisam a legalidade das prisões em flagrante, ou seja, a confirmação ou não da voz de prisão dada pelos agentes policiais a uma pessoa. Isso só é possível de ser feito, quando houver, de forma segura e concreta, a prática de uma infração penal, não só sob o prisma formal, mas também material, com todos os seus requisitos preenchidos.

Se após a análise jurídica do fato, de acordo com seu livre convencimento, o Delegado de Polícia reconhecer que o mesmo é insignificante para o Direito Penal, em despacho fundamentado, deve determinar o arquivamento do registro, pois, atípica (ausente a tipicidade material) a conduta narrada não dando início à persecução penal.

4.1 Prisão em flagrante e o princípio da insignificância

A prisão processual ou cautelar é destinada a assegurar o desempenho da investigação criminal, do processo penal, ou da execução da pena, ou ainda, impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos. Dentre as prisões provisórias uma está afeta à análise de sua regularidade pelo Delegado de Polícia – é a Prisão em Flagrante - disposta nos artigos 301 a 310, do Código de Processo Penal. Para prisão em flagrante do autor de uma infração penal, não há a necessidade de ordem escrita e fundamentada por autoridade judicial.

Quem efetivamente analisa, em um primeiro momento, se estão presentes ou não os seus requisitos, realizando um provisório juízo de tipicidade ou de adequação típica, para saber se a conduta se amolda ou não ao modelo descrito pelo legislador como infração penal e, se estão presentes as circunstâncias do disposto no artigo 301, do Código de Processo

Penal (flagrante próprio, impróprio e ficto ou presumido), determinando o recolhimento ou não da pessoa detida, é o Delegado de Polícia.

A autoridade administrativa competente para verificar, em um primeiro momento a regularidade da segregação cautelar de uma pessoa, por meio da prisão em flagrante é, em regra, o Delegado de Polícia da circunscrição em que se tenha efetuado a prisão do autor de uma infração penal. Claro que, logo em seguida, a lei processual penal, dispõe que, em até 24 horas a prisão em flagrante de qualquer pessoa deve ser comunicada à autoridade judiciária para verificação de sua legalidade.

Somente haverá a prisão em flagrante, se o ilícito penal for patente, claro, indiscutível. Em sede de prisão cautelar, prevalece a regra do princípio do estado de inocência, a que todos nós estamos sujeitos; somente, havendo a prisão em flagrante, espécie de provisória, de forma excepcional, ou seja, a regra é a liberdade e a prisão provisória a exceção.

A prisão em flagrante é um ato administrativo, como deixa entrever o art. 301 do Código de Processo Penal, uma medida cautelar que dispensa ordem escrita, do Poder Judiciário, e está prevista expressamente no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal. Em sentido jurídico, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerada a certeza visual do crime. (MIRABETE, 2002, p. 735).

A prisão deve ser necessária para se alcançar a garantia da ordem pública, possibilitar a instrução processual, a aplicação da lei penal. “Não pode caber qualquer critério de oportunidade ou conveniência; o critério é de legalidade e de adequação a uma das hipóteses legais.” (GRECO FILHO, 2010, p 252). A prisão em flagrante, espécie de prisão provisória, só deve ser determinada de forma excepcional. Se houver qualquer dúvida quanto à realização do tipo penal, sob o aspecto formal ou material, (o chamado juízo de tipicidade) ou quanto à autoria da prática da infração, ou, ainda, mesmo quando a circunstância da existência do flagrante, não se deve realizá-la. Como dito, a regra é o estado de inocência, sendo exceção a prisão processual. Se não há crime, sob o aspecto material, no entender do Delegado de Polícia, por ser insignificante o resultado jurídico (lesão ao bem jurídico protegido pela norma) ou a conduta do agente, deve-se determinar, de forma fundamentada, o arquivamento do registro.

Na mesma esteira, o artigo 304, § 1º do Código de Processo Penal¹² é claro ao narrar, que se das respostas dos presos envolvidos na prisão em flagrante, não resultar prova segura da existência da infração penal (a análise deve se dar sob o âmbito da tipicidade formal e material), deverá o Delegado de Polícia, determinar, incontinenti, a colocação em liberdade do preso.

Com efeito, deve a Autoridade Policial, de acordo com sua convicção jurídica realizar juízo de valor quanto à existência da tipicidade penal, hoje, formal e material, além de outras provas necessárias, para confirmar, ou não, a segregação da liberdade do detido em flagrante. Se o fato é materialmente atípico, porque entende o Delegado de Polícia incidir o princípio da insignificância, de acordo com os vetores postos pelo Supremo Tribunal Federal, não deve, com apoio no art. 304, §1º do Código de Processo Penal, lavrar auto de prisão em flagrante; não deve prender. E claro, não se inicia qualquer persecução penal, leia-se, não se instaura inquérito policial.

Esse juízo de tipicidade, realizado pelo Delegado de Polícia, é o juízo de valoração que se faz para descobrir se um determinado fato é ou não típico, hoje, sob o âmbito formal e material. Se é ou não adequado ao tipo. Seu resultado pode ser positivo ou negativo. Se o fato concreto, ocorrido na vida real preenche todos os requisitos exigidos para a configuração de uma determinada forma de ofensa grave ao bem jurídico, então, diz-se que ele é típico; há, aqui, um juízo positivo de tipicidade. Se o fato não realiza tais requisitos, é atípico; há o juízo negativo de tipicidade.

É imprescindível ressaltar, neste ponto, que a formação da convicção jurídica quanto à existência ou não da prática do fato penalmente punível, do juízo de tipicidade, pelo Delegado de Polícia deve estar a salvo da interferência de quem quer que seja, devendo estar vinculado, apenas, à lei e à sua consciência. Atuando na função de polícia judiciária, não pode estar vinculados à convicção jurídica de quem quer que seja, apenas às suas.

Convém esclarecer que os Delegados de Polícia, por serem autoridades administrativas e agirem como tal em determinadas situações, não possuem a discricionariedade, atributo do chamado poder de polícia, da função de polícia administrativa, para lavrar ou não o auto de prisão em flagrante, pois atuam, aqui, na função

¹² Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade final, o auto.

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

de polícia judiciária, regrados pelos princípios e valores da Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Processo Penal. Claro que ambas estão no âmbito da função administrativa, ou seja, representam atividades de gestão de interesse público.

Ensina Di Pietro (2007, p. 103) que “pelo conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança”. Ainda, segundo a autora, “o conceito moderno e adotado pelo Direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.”

O poder de polícia que o Estado exerce pode incidir em duas áreas de atuação estatal: na administrativa e na judiciária. A polícia administrativa é atividade da Administração que se exaure em si mesma, ou seja, inicia-se e completa no âmbito da função administrativa. O mesmo não ocorre com a polícia judiciária, que, embora seja também uma atividade administrativa, prepara a atuação da função jurisdicional penal do Estado, e está regrada pelo Código de Processo Penal. Segundo Carvalho Filho (2007, p. 73) “...a polícia administrativa incide basicamente sobre atividades dos indivíduos, enquanto a polícia judiciária preordena-se ao indivíduo em si, ou seja, àquele a quem se atribui o cometimento de ilícito penal”. A linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressiva), a polícia é a administrativa. Quando o ilícito praticado é o penal, é a polícia judiciária que age.

A polícia administrativa possui atuação eminentemente preventiva, ou seja, pretende-se que o dano social não aconteça. A polícia judiciária tem natureza predominantemente repressiva, pois se destina à responsabilização penal do autor da infração.

Quando a lei não fixa a dimensão do limite da atuação da administração o poder de polícia pode ser discricionário. Carvalho Filho (2007, p. 78) traz, como exemplo de discricionariedade do poder de polícia, a possibilidade de autoridades públicas enumeram apenas alguns rios em que a pesca se tornará proibida.

Alexandrino; Paulo (2008, p. 245) entendem que:

A discricionariedade no poder de polícia significa que a Administração, quanto aos atos a ele relacionados, regra geral, dispõe de uma razoável liberdade de atuação, podendo valorar a oportunidade e conveniência de sua prática, estabelecer o motivo e escolher, dentro dos limites, seu conteúdo. A finalidade de todo ato de polícia, como a finalidade de

qualquer ato administrativo, é requisito sempre vinculado e traduz-se na proteção do interesse da coletividade.

Todavia o fundamental é que não se pode confundir a atuação dos Delegados de Polícia quando expedem, por exemplo, um alvará de funcionamento para uma empresa que manipula produtos químicos, ou uma autorização para o possuidor de arma de fogo poder guardá-la em sua residência, ou ainda, a realização da vistoria em veículos com o objetivo de fiscalizar a regularidade para a circulação do mesmo, a fim de expedição de seu certificado de registro e licenciamento, expressão do poder de polícia administrativo do Estado, com a atribuição (também função administrativa) de polícia judiciária (apuração de ilícito penal) que concomitantemente exercem. A natureza jurídica das atribuições é distinta: uma está regada pelo Direito Administrativo, outra, pelo Processual Penal.

Nenhuma autoridade policial, no exercício de polícia judiciária, pode entender que o fato praticado foi típico e, em face, da discricionariedade existente no poder de polícia da administração (Polícia Administrativa) achar mais conveniente não lavrar o auto de prisão em flagrante ou instaurar o inquérito policial. Não há essa liberalidade; o regramento é distinto. O correto é que, se entender, diante de sua liberdade de convicção de que o fato é típico, porque preencheu os requisitos legais, art. 304, § 1º, do Código de Processo Penal, há o dever legal lavrar o auto de prisão em flagrante e o de instaurar o inquérito policial.

Não há que se confundir da mesma forma, a liberdade de convicção que possui o Delegado de Polícia ao analisar a conduta praticada pelo autor de uma possível infração penal, com a discricionariedade ou atributo existente em certos atos administrativos. Os atos administrativos discricionários, conforme ensina Meirelles (2004, p. 166), “são os que a administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”. A discricionariedade está no poder do agente administrativo praticar o ato pela maneira e nas condições que repute mais conveniente ao interesse público. A discricção é a liberdade de ação dentro de limites impostos pela lei. Claro, também, que não se confunde com a arbitrariedade.

Como a lei não é capaz de demarcar todas as condutas de um agente administrativo e, ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que, em vários momentos, a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, ensina Carvalho Filho (2007, p. 42) “pode o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses

coletivos”. Continua o autor: “poder discricionário, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”. Não se confunde com a liberdade de interpretação da conduta praticada frente ao tipo penal imposto pelo legislador, hoje, valorado pelos princípios constitucionais e da Política Criminal.

Deve o Delegado de Polícia apreciar, com a devida prudência, o direito à liberdade do indivíduo, em todas as hipóteses em que for possível a sua restrição, as quais são de extrema excepcionalidade. Toda a atividade policial, por sua natureza, possui, em tese, o condão de tolher o direito à liberdade do indivíduo.

Esse direito fundamental é de fato princípio constitucional, compreendendo ele uma das chaves mestras de todo o nosso sistema normativo. Exatamente por isso, precisa ele ser visto como critério maior, mormente no campo penal. E se é pacífico que o próprio Estado-juiz não pode olvidar de observar com a devida máxima cautela esse direito constitucional, também o deve ser pelo Delegado de Polícia, pois, não é fadado a este cometer abusos manifestos contra os direitos da pessoa humana, sob o argumento de que não lhe é conferido pela norma competência para se levar a efeito, de acordo com sua liberdade de convicção, a medida justa para o caso em concreto.

Os Delegados de Polícia, por suposto, constituem-se os agentes públicos com labor primeiro frente à liberdade do indivíduo. É da essência das suas atuações, por isso, conterem eles inseparável autonomia e liberdade para o convencimento jurídico, sobre o fato delituoso, tudo sob pena de, agindo de forma contrária, cometer os maiores abusos possíveis, quais sejam, aqueles que são baseados na subsunção das condutas a letra fria da lei (no formalismo acríptico do Direito Penal, que predomina até então).

Mencionado ato será sempre legítimo, se devidamente fundamentado. De fato, dentro do nosso ordenamento, encontra-se o princípio elementar da proporcionalidade, com raiz na lógica e no bom senso, exigindo-se que o *decisum* respectivo, seja, como já foi dito, fundamentado à luz do princípio do livre convencimento motivado.

A prisão em flagrante pode ser dividida em três etapas: 1) a primeira delas ocorre com a captura da pessoa, ainda no local dos fatos; 2) lavratura ou não do auto de prisão de acordo com o que decidir o Delegado de Polícia, nesse momento já na Delegacia de Polícia e 3) o recolhimento ao cárcere, uma vez entendido que o fato praticado se amolda a um fato penalmente típico e que não há nenhuma excludente de antijuridicidade.

Vê-se, portanto, que, se a conduta do autor for manifestamente atípica, seja ela porque agiu em uma das hipóteses de exclusão da antijuridicidade ou ilicitude, ou porque o

fato é materialmente atípico, uma vez que, estão presentes os requisitos balizadores do princípio da insignificância, quais sejam: a) ausência de periculosidade social da ação; b) mínima ofensividade da conduta do agente – isto é: mínima idoneidade ofensiva da conduta, c) a inexpressividade da lesão jurídica causada e d) a falta de reprovabilidade da conduta, há a possibilidade, consoante o art. 304, parágrafo 1º do Código de Processo Penal, do Delegado de Polícia, não ratificar a voz de prisão dada por seus agentes, colocando em liberdade (direito fundamental) imediatamente aquele que foi detido. Se não há crime, (exclusão a tipicidade) não há motivo para a prisão. Deve-se confeccionar o registro digital de ocorrência e, em seguida, em despacho fundamentado determinar o seu arquivamento.

Aliás, se com o reconhecimento do princípio da insignificância, hoje largamente aceito pela doutrina e jurisprudência brasileira, impõe o trancamento da ação penal, inclusive com o réu solto, o que dizer quanto da possibilidade de sua aplicação, pelo Delegado de Polícia para fundamentar a não segregação de sua liberdade? É crucial que os Delegados de Polícia ao interpretarem os tipos penais, levem em conta a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância para solucionarem da forma mais justa a situação concreta.

Não são raras as vezes em que policiais comparecem às Delegacias de Polícia, com pessoas detidas, narrando que foram flagrados, após sair de um supermercado, furtando objetos de valor ínfimo para a vítima. São exemplos os autores de furto de um xampu, de duas caixas de filme para máquina fotográfica, avaliados em média em até R\$ 9,00 (nove reais), ou até de três barras de chocolate, que antes do desenvolvimento do princípio da insignificância, eram levados, inevitavelmente a um estabelecimento prisional, porém, hoje podem ser de pronto soltos, devendo o fato ser equacionado com outro ramo do Direito (o Direito Civil, por exemplo).

Doravante, não obstante a necessidade da análise da tipicidade formal do tipo, os Delegados de Polícia, também, deverão avaliar a dimensão axiológica ou valorativa do tipo, a chamada tipicidade material. Ponderar se o fato foi realizado com o necessário desvalor da conduta, se o resultado jurídico foi relevante ou não para do Direito Penal. Hoje, para a confirmação da voz de prisão dada pelos agentes policiais não deve-se levar em conta só as causas de exclusão de antijuridicidade (legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, etc), em regra, dispostas no artigo 23 do Código Penal, mas também as causas de exclusão da tipicidade, como por exemplo, o princípio da insignificância (decorrência do princípio do minimalismo penal) e toda a jurisprudência que está envolta do assunto. É a jurisprudência

que vai direcionar a aplicação do instituto em cada caso. O Direito Penal passa a ser o do caso concreto.

O juízo de tipicidade, hoje, está enriquecido pela dimensão axiológica e deve ser feito por todos os operadores do Direito, mormente pelos Delegados de Polícia no momento de interpretar os tipos penais para avaliar a legalidade da prisão em flagrante.

4.2 O inquérito policial e o princípio da insignificância

O inquérito policial é o procedimento administrativo que reúne o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal (crime) e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (artigo 4º do Código de Processo Penal). “Trata-se de um procedimento de persecutório de caráter administrativo instaurado pelo Delegado de Polícia.” (CAPEZ, 2010, p. 109).

No Direito brasileiro, a atividade investigatória com esse *nomen jùris* (inquérito policial) surgiu com a reforma processual de 1871 (Decreto Regulamentador nº 4.824, de 22 de novembro de 1871).

Nessa época, os Delegados de Polícia eram encarregados não só da formação do corpo do delito (coleta de indícios de autoria e prova da materialidade), como, ainda, da formação inicial da culpa (com caráter instrutório) cabendo ao juiz, posteriormente, o julgamento da causa. Tinham competência para a concessão de mandado de busca e apreensão domiciliares e, até mesmo, o poder de julgar crimes a que não fossem impostas penas maiores do que multa de até 100 mil réis, prisão, degredo ou desterro de até seis meses, com multa correspondente à metade desse tempo ou sem ela, além de três meses de casas de correção ou oficinas públicas. O chefe de polícia era um magistrado togado e os Delegados podiam ser nomeados dentre os juizes municipais. Em 1871, com a Lei 2.033 (regulamentada pelo decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871), que, entre outros dispositivos, retirou dos Delegados de Polícia funções típicas de magistrados, atribuiu-lhes especialmente a atividade preparatória para a ação e criou o inquérito policial nos moldes semelhantes ao código vigente. (DEMERCIAN; MALULY, 2010, p. 38).

O inquérito policial é o conjunto de atos com o objetivo de realizar a apuração do fato que configure infração penal (crime) e sua respectiva autoria. É escrito e sigiloso, quando houver a necessidade para a elucidação dos fatos, para a maior parte da atual doutrina, inquisitivo, é indispensável após a sua instauração e de valor probatório relativo, não sendo suficiente para fundamentar uma condenação só com as provas colhidas nele.

Não obstante o conceito acima mencionado ser amplamente aceito na doutrina e na jurisprudência, não podemos mais nos contentar que o inquérito policial seja só um procedimento administrativo, em que o investigado é tomado como um mero objeto de investigação. O inquérito policial deve assumir novas feições assegurando, por exemplo, a plena ampla defesa. O Estado Democrático de Direito alcança plenitude, quando os princípios fundamentais de igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e presunção da inocência são observadas, também, na fase pré-processual.

A jurisprudência da mais alta corte do país já se posicionou no sentido da existência de um plexo de direitos e garantias ao investigado na fase do inquérito policial, não devendo mais ser tratado como mero objeto de investigado como antes dizia ser. Vislumbra-se, ainda, de certa forma tímida, uma mudança de paradigma a ser seguido. O investigado passa a ser portador de garantias constitucionalmente irrenunciáveis, como “sujeito de direitos” e não mais como mero objeto de uma investigação, como alhures se dizia.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n.º 82.354 que:

[...] o cerceamento da atuação permitida à defesa de indiciado no inquérito policial poderia refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: sendo portando a circunstância bastante para admitir-se a impetração de habeas corpus a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente. Do conjunto de direitos dos quais é titular o indiciado, interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial, é corolário e instrumento, a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia, Lei Federal 8.906/94, em seu art. 7º, incisos XIV, da qual, ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas, não se excluam os inquéritos policiais que correm em sigilo. (BRASIL, 2004)

A irrestrita amplitude do preceito legal resolve, em favor da prerrogativa do defensor, o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. O Habeas Corpus foi deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente pudessem consultar os autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição.

O inquérito policial é procedimento administrativo e investigativo e deve ser realizado, tendo como norte a seguir, as garantias constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana. Os valores expressos na Constituição Federal impõem o limite na atuação da persecução penal. Aliás, outro não são os princípios abrigados pelo projeto de lei do Senado Federal - PLS nº 156/09, em fase final de tramitação e aprovação, alinhando as normas do Código de Processo Penal, referente à investigação criminal, ao prescrito na Constituição

Federal de 1988. Vê-se, claramente, em referido projeto, principalmente nos seus primeiros artigos, a preocupação do legislador com a preservação das garantias constitucionais dos investigados, figurando, portanto, os Delegados de Polícia como um dos principais protagonistas da correta persecução penal do Estado.

Nesse mesmo diapasão, não se devem instaurar inquéritos policiais sem que não se tenha justa causa para tal. Entendendo por justa causa, mínimos indícios da prática de uma infração penal, hoje vista na sua dimensão formal e material, além, é claro, de sua autoria. Se o fato é insignificante, não se tem justa causa para a instauração da *persecutio criminis*.

Não obstante ser obrigatório para o Delegado de Polícia, a instauração do inquérito policial, após chegar ao seu conhecimento a prática de uma infração penal, que se apure mediante ação penal pública, estando obrigado a instaurá-lo, se verificar que não há justa causa para o início do procedimento, como por exemplo, quando o fato denunciado é atípico, quando estiver extinta a punibilidade pela prescrição ou outra causa extintiva, o mesmo não deve ser iniciado.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus, n.º 94.835 que: “somente é possível o trancamento de inquérito quando for evidente o constrangimento ilegal sofrido pelo réu, não havendo qualquer dúvida acerca da tipicidade material ou formal da conduta, ou a respeito da ausência de justa causa para deflagração da ação penal”. (BRASIL, 2008).

Nesse sentido, se a notícia crime, em especial, a classificada pela doutrina como cognitiva imediata, aquela em que a autoridade tem o conhecimento do fato em razão de suas atividades de rotina, por exemplo, o registro digital de ocorrência, o relatório de investigação, veicular um fato, em que de pronto, o Delegado de Polícia verifique que estão presentes os vetores postos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que condicionam a aplicação do princípio da insignificância, não deve dar início a persecução penal via inquérito policial. Se entender que o fato é materialmente atípico, em razão, do reconhecimento dos requisitos objetivos que condicionam a aplicação do princípio da insignificância, não terá ele justa causa para iniciar de ofício a “*persecutio criminis*”. Deve o Delegado de Polícia determinar o arquivamento do registro que veiculou a notícia, de forma fundamentada.

O mesmo deve ser realizado, quando de representações e requerimentos de vítimas, o Delegado de Polícia verificar de pronto que estão presentes os pressupostos para a aplicação do princípio da insignificância, determinando o arquivamento das peças, como se depreende do artigo 5º, § 2º do Código de Processo Penal.

No mesmo sentido, normatizou, internamente, a Polícia Civil bandeirante, editando em 1998, a portaria DGP n.º 18/98, ao dispor sobre medidas e cautelas a serem adotadas na

elaboração de inquérito policiais para garantir os direitos da pessoa humana, quando em seus artigos 1º e 2º¹³ determina que os Delegados de Polícia não instaurarão inquérito policial quando os fatos levados à sua consideração não configurarem, manifestamente, qualquer ilícito penal. Determina, ainda, que igual procedimento seja adotado, quando houver a falta de justa causa para a deflagração da investigação da investigação criminal, devendo, em ato fundamentado, indicar as razões jurídicas e fáticas de seu convencimento.

Determina, ainda, referida portaria, em seu art. 3º que o boletim de ocorrência, em consonância com o artigo 2º não viabilizar a instauração de inquérito policial, deverá ser arquivado mediante despacho fundamentado do Delegado de Polícia e, em seguida, registrado em livro próprio. Não resta a menor dúvida de que se o fato for atípico (formal ou material), em razão da insignificância da conduta ou do resultado ou, ainda de ambos deve o Delegado de Polícia, mediante despacho fundamentado, expondo as razões jurídicas e fáticas, mandar arquivar o registro, requerimento ou ainda representação, não dando início a persecução penal (há falta de justa causa).

Quando o início do inquérito policial se der em razão de requisição do Ministério Público ou que Poder Judiciário, o juízo de valor quanto à insignificância do fato para o âmbito penal deve ser feito por aquele que recebeu a notícia, ou seja, o membro do Ministério Público ou do Poder Judiciário, não podendo o Delegado de Polícia, nessas hipóteses, deixar de instaurar o inquérito policial. A requisição para a instauração do inquérito policial, nessas circunstâncias, deve ser entendida como ordem para o início da persecução penal, logo não poderia deixar de atendê-la, sob a alegação de que não concorda com a interpretação jurídica dada ao fato.

¹³ Portaria DGP nº 18/98

Art. 1º A instauração de inquérito policial, quando legalmente possível, dependerá, sempre, de prévia e pertinente decisão da autoridade policial que, com essa finalidade, expedirá, em ato fundamentado, portaria na qual fará constar descrição objetiva do fato considerado ilícito, com a preliminar indicação de autoria ou da momentânea impossibilidade de apontá-la, e ainda a classificação provisória do tipo penal alusivo aos fatos, consignando, por último, as providências preliminarmente necessárias para a eficiente apuração do caso.

Art. 2º A autoridade policial não instaurará inquérito quando os fatos levados à sua consideração não configurarem, manifestamente, qualquer ilícito penal.

§ 1º Igual procedimento adotará, em face de qualquer hipótese determinante de falta de justa causa para a deflagração da investigação criminal, devendo, em ato fundamentado, indicar as razões jurídicas e fáticas de seu convencimento.

§ 2º Quando a notícia do suposto ilícito penal chegar ao conhecimento da autoridade policial por meio de requerimento (art. 5º, II, Código de Processo Penal), esta, em despacho motivado, não conhecerá do pedido, se ausente descrição razoável da conduta a ensejar classificação em alguma infração penal ou indicação de elementos mínimos de informação e de prova que possibilitem o desenvolvimento de investigação.

Vê-se, com isso, a importância que possui a análise da tipicidade do fato feita pelo Delegado de Polícia, quando do recebimento da notícia e a sua decisão administrativa em dar início à investigação criminal ou não. Deve o mesmo “ampliar seus horizontes” e olhar não só para as categorias da tipicidade formal, mas também saber que, materialmente, o fato pode ser atípico. É dever do Delegado de Polícia resguardar todos os direitos fundamentais.

4.3 O arquivamento da notícia crime e o conhecimento pelo Poder Judiciário e Ministério Público

Diante do que acima ficou exposto, não resta dúvida de que o Delegado de Polícia, após realizar o juízo de valor jurídico-fático quanto à existência ou não da prática de uma infração penal, em se convencendo de que o fato é materialmente atípico, deve determinar de forma fundamentada o arquivamento do registro (notícia-crime) ou dos documentos que notificaram o fato. Porém algumas perguntas podem surgir: como subtrair do conhecimento do titular da ação penal um fato arquivado em razão do princípio da insignificância que, como visto, resulta, não raras vezes, em decisões divergentes, em face de suas peculiaridades e nuances? Não estariam os Delegados de Polícia, agindo em substituição ao titular da ação penal, *dominus litis* que é, retirando-lhe a oportunidade de formar sua convicção quanto à possibilidade da existência da infração penal? De que forma levar ao conhecimento do órgão de acusação, fatos que, em tese, poderiam ser típicos?

Para Gomes (2009, p. 96), ninguém pode ser processado criminalmente por fato insignificante, leia-se, onde estiver presente o princípio da insignificância. O correto, portanto, em razão da atipicidade penal do fato, é arquivar o caso desde logo, no princípio. O Delegado de Polícia lavra um termo circunstanciado e o Promotor de Justiça pede o arquivamento. E se o promotor denunciar? Cabe ao juiz absolver o réu sumariamente, nos termos do artigo 397, III, do Código de Processo Penal (por se tratar de fato evidentemente atípico).

E se o juiz não absolver sumariamente o réu? Cabe habeas corpus para trancar a ação penal por falta de justa causa (artigos 647 e 648, inciso I, do CPP). E se o processo já está em andamento: o melhor caminho é abrir mão de todas as provas e, prontamente, partir de imediato para a sentença (absolutória). Caso isso não seja feito: cabe habeas corpus (desde logo) para trancar a ação penal.

Com todo o respeito ao posicionamento, tal entendimento não está cientificamente correto. Se o fato é atípico, porque lhe falta tipicidade material, não há como confeccionar

termo circunstanciado, sendo esse o procedimento aplicado para as infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme prescreve artigo 69, da Lei Federal 9.099/95. Nesses casos, há infração penal com todos os seus requisitos preenchidos; aliás, ao autor da infração penal de menor potencial ofensivo que for encaminhado diretamente ao Juizado Especial Criminal ou assumir o compromisso de a ele comparecer não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá a prestação de fiança; logo, em raciocínio claro, vê-se que há infração penal praticada, portanto, o que fez o legislador diante da tendência minimalista foi de não autorizar a prisão em flagrante daquele que se compromete a comparecer em juízo ou é levado imediatamente a ele. Nessas hipóteses (infração de menor potencial ofensivo), a confecção do termo circunstanciado tem por objetivo a substituição ao auto de prisão em flagrante e não do inquérito policial, pois, se ausente uma das partes, o correto é o registro do fato em registro digital de ocorrência (RDO) e posterior instauração de inquérito policial. É um equívoco pensar que o termo circunstanciado substitui o inquérito policial, ou que o termo é o “inquérito” para as infrações de menor potencial ofensivo.

Se reconhecido o princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia nos fatos narrados em um registro digital de ocorrência, requerimentos, ou ainda representações, o correto é o arquivamento na repartição policial da notícia feita, pois não há qualquer infração penal a ser apurada – art. 5º, § 2º do Código de Processo Penal¹⁴; arts. 1º e 2º da portaria DGP 18/98 da Polícia Civil de São Paulo. A confecção de termo circunstanciado ou inquérito policial, pelo Delegado de Polícia caracterizaria constrangimento ilegal sanável pela via do habeas corpus, caso não haja justa causa para sua instauração. É o que ensina Mirabete:

Em regra, o habeas corpus não é meio para trancar inquérito policial, porque para a instauração do procedimento inquisitório basta haver elementos indicativos da ocorrência de fato que, em tese, configura ilícito penal, e indícios que apontem que determinada pessoa ou determinadas pessoas como participantes do fato típico e antijurídico. Evidentemente havendo imputação de fatos que não se configuram, em tese, ilícito penal, há constrangimento ilegal na instauração do inquérito policial sanável pela via do *mandamus*. (MIRABETE, 2002, p. 1695).

O que poderia ser feito para sanar a dificuldade dos demais órgãos da persecução penal em tomar conhecimento de fatos que, desde o início, foram arquivados, pois, tidos como insignificantes para o Direito Penal, pelo Delegado de Polícia e, até mesmo, para que o autor da pretensa infração penal tenha maior segurança jurídica em relação a sua atuação,

¹⁴ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

§ 1º (.....)

§ 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

seria o encaminhamento dos registros e dos despachos fundamentados de arquivamento para o conhecimento e análise do Ministério Público e do Poder Judiciário do local do fato. Esse procedimento já é realizado no Estado de São Paulo, quando do arquivamento do registro referente a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Determina a Delegacia Geral de Polícia, por meio do art. 2º, da Portaria DGP, 28 de 27 de julho de 2009¹⁵ que em todos os registros de ocorrência envolvendo o contexto que pudesse compreender crime no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, ou seja, condutas que estejam ao abrigo da Lei Federal 11.340/06 é dever dos Delegados de Polícia, após o arquivamento dos registros digitais de ocorrência (RDO) encaminhá-los mediante ofício, juntamente com o despacho que motivou seu arquivamento, para o conhecimento do Poder Judiciário da comarca. Claro que estaria em consonância com a doutrina mais atualizada, o envio direto para ao titular da ação penal – o Ministério Público – que, se concordasse com a motivação jurídica da autoridade policial para o arquivamento do fato, requereria que o mesmo fosse confirmado pelo Poder Judiciário, aplicando a regra do art. 28 do estatuto adjetivo, fazendo, então, a decisão judicial coisa julgada formal; porém, se entendesse de forma contrária, requisitaria de pronto o início da persecução penal.

Com efeito, a decisão do Poder Judiciário, que determina, com apoio no art. 28 do Código de Processo Penal, o arquivamento de peças de informação, e o Registro Digital de Ocorrência, é uma espécie de notícia crime, gera para o cidadão maior segurança jurídica, do que a feita tão somente pela autoridade policial, garantindo ao mesmo, que o procedimento não será desarquivado ao alvedrio do ocupante do cargo em momento posterior, mas somente em decisão fundamentada do órgão judicial e, se houver prova nova para tal. Ademais, se para o Ministério Público que é, com exclusividade, o titular da ação penal pública existe o controle, por meio do Poder Judiciário, das notícias crime que chegam até seu conhecimento e no seu entender não configuram infração penal, que dirá quando as mesmas são arquivadas de pronto, em face do princípio da insignificância, pelas autoridades policiais.

Não obstante o procedimento acima mencionado para que o arquivamento dos registros envolvendo a insignificância do fato, ao menos, para o Direito Penal chegue até o conhecimento dos demais órgãos envolvidos na persecução penal, sem ter que afrontar a regra do sistema processual penal, alternativa é, sem dúvida, o eficaz exercício de controle externo desenvolvido diretamente pelo Ministério Público sobre a polícia judiciária.

¹⁵ Artigo 2º. Em não havendo imediata instauração do procedimento de polícia judiciária cabível, a Autoridade Policial deverá comunicar a ocorrência à Autoridade Judiciária competente, por meio de ofício instruído com cópia do respectivo boletim.

O Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução n.º 20, de 28 de maio de 2007, dispõe sobre a forma de realização das visitas nos órgãos de polícia judiciária para a realização do controle externo da atividade policial judiciária.

Não há instituição que queria exercer parcela de poder do Estado que não necessite de controle externo em suas ações. O sistema de freios e contrapesos, chamado de *check and balance* do Direito Norte Americano deve existir, também, na atuação da polícia judiciária. Todas as instituições devem ter seus controles para que possam coexistir com as demais e não se excederem em suas atuações. É assim no Poder Judiciário com a criação do Conselho Nacional de Justiça; no Ministério Público, com o Conselho Nacional do Ministério Público fiscalizando a correta e transparente atuação de seus membros, e deve ser assim, da mesma forma, com a atuação da Polícia Judiciária.

No Estado de São Paulo o Procurador Geral de Justiça por meio do Ato Normativo n.º 409 CPJ-PGJ¹⁶, determina que os membros do Ministério Público devam realizar visitas nos Distritos Policiais e Delegacias de Polícia a cada três meses, tendo acesso a todos os livros e registros realizados naquela repartição, inclusive aos registros de ocorrências e requerimentos ou representações arquivadas pelo Delegado de Polícia, sendo assim mais uma forma (o controle externo da polícia judiciária) de tomar conhecimento do arquivamento, feito pela autoridade policial, do fato insignificante para o Direito Penal.

Quando o membro do Ministério Público, no exercício do controle externo da polícia judiciária, tomar conhecimento de um fato que foi arquivado em razão do reconhecimento do princípio da insignificância e discordando da posição adotada, o melhor a se fazer é requisitar sua instauração do inquérito policial, para que possa, posteriormente, diante da investigação realizada, propor a ação penal em juízo.

O que não se pode, é instaurar inquérito policial ou lavrar termo circunstanciado para apurar fato que é de pronto tido pelo Delegado de Polícia como insignificante para o

¹⁶ Das visitas às delegacias de polícia, aos distritos policiais e aos estabelecimentos da Polícia Científica

Art. 4º. O promotor de Justiça efetuará, no mínimo, visitas trimestrais às delegacias de polícia, aos distritos policiais e respectivas carceragens e aos estabelecimentos da Polícia Científica (Instituto Médico-Legal e Instituto de Criminalística).

Art. 7º. O promotor de Justiça deverá verificar as cópias dos boletins de ocorrência que não geraram instauração de inquérito policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário.

Art. 8º. Nas visitas, o promotor de Justiça deverá observar a destinação das armas, dinheiro, entorpecentes, veículos e outros objetos de especial interesse apreendidos, principalmente nos casos em que não tenha sido instaurado inquérito policial e, quando necessário, examinará os respectivos registros e solicitará informações à autoridade policial ou órgão público responsável pela guarda.

Direito Penal. Se o fato é atípico materialmente, leia-se se, não há infração penal alguma praticada, não pode o Delegado de Polícia dar início à persecução penal, sob pena de deixar de se preservar outros importantes princípios constitucionais como, por exemplo, a liberdade, imagem das pessoas e a dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos estudos do professor alemão Claus Roxin, demonstrando ser possível a introdução de critérios de Política Criminal na dogmática jurídica penal, o Direito Penal não pode mais ser interpretado da forma como faziam os penalistas de antes. A Política Criminal deixou de ser a barreira intransponível para a dogmática jurídica penal. Sua interpretação e aplicação devem ser guiadas pelos princípios constitucionais penais que atuam como verdadeiras normas a serem seguidas pelos órgãos envolvidos na persecução penal, e não meras recomendações. E é aí que se insere o princípio da insignificância.

O interprete da norma penal não pode deixar de lado os movimentos de Política Criminal que o vinculam. É preciso ver que o constituinte teve por objetivo desenvolver normas penais voltadas para a aplicação como *ultima ratio* do Direito Penal. O Direito Penal é fragmentário na medida em que só são tutelados os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade e, somente, quando a ofensa provocar uma grave lesão ou ameaça concreta de lesão.

Dentre os princípios com assento em âmbito constitucional que se desenvolveram como forma de interpretar esse novo Direito Penal está o da insignificância. Pode ser reconhecido pelo enunciado *nullum crimen sine injuria*, em que se interpreta restritivamente o tipo penal para afastar a incidência da lei penal sobre a conduta que demonstra ínfimo grau de lesividade contra um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Não está escrito expressamente em nenhum instrumento legal, mas decorre do sistema penal pátrio, devendo ser interpretado e aplicado por todos os operadores do Direito.

É um princípio jurídico, sendo um mandado de otimização a ser cumprido dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, uma vez que sua dimensão de peso permite a ponderação de interesses envolvidos para sua aplicação ou não na solução do problema concreto.

O princípio da insignificância encontra fundamento de validade nos princípios da igualdade e da liberdade, amparados no texto constitucional, bem como na característica do Direito Penal de ser fragmentário, subsidiário e proporcional, sendo que, ao concretizar os valores defendidos por esses princípios, busca manter íntegro o sistema penal garantista do Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição Federal.

O delegados de polícia, dentre sua missão constitucional de garantidor do Estado Democrático de Direito, não podem deixar de, ao realizar o juízo de subsunção (a adequação típica) do fato à letra da lei, levar em consideração a dimensão valorativa do tipo penal, a

tipicidade material. Não deve contentar-se, somente, no aspecto formal do tipo penal. Doravante para o Direito Penal contemporâneo, infração penal não é somente a mera subsunção do fato à norma, mas também os valores que ela pretende proteger: as duas dimensões devem estar presentes para que ocorra a tipicidade penal. Os critérios de Política Criminal se movem para dentro do Direito Penal, condicionando a interpretação da norma.

O princípio da insignificância pode atuar na conduta, no resultado jurídico ou em ambos. Entendendo o Delegado de Polícia que o fato é materialmente insignificante não há que se falar em confirmar a voz de prisão dada por seus agentes, devendo tão somente registrar o fato e, em despacho fundamentado, mandar arquivá-lo. Se não é crime, deve ser arquivado de pronto conforme preceitua o artigo 5º, parágrafo 2º do Código de Processo Penal. Da mesma forma deve agir, quando a notícia crime for registrada em registro digital de ocorrência (RDO), requerimento ou representações, entendendo tratar-se de fato atípico; em razão da insignificância do ataque ao bem jurídico tutelado (ausência da tipicidade material) deve determinar seu arquivamento, enviando, para a maior segurança jurídica do autor da conduta, o registro com o despacho de arquivamento para o conhecimento e apreciação do Ministério Público que, concordando com sua fundamentação, deve confirmá-lo e, enviar ao Poder Judiciário.

Não havendo justa causa para o início da persecução penal, é dever funcional da autoridade policial velar pela aplicação do Direito Penal somente para os casos que necessitem sua intervenção, preservando os valores e princípios dispostos na Constituição Federal, sempre tendo como norte de interpretação os valores que se irradiam da Constituição Federal, notadamente, a dignidade da pessoa humana.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direito fundamentais**. Tradutor Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Os grandes movimentos da Política Criminal de nosso tempo – aspectos**. In: _____ (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**; Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 85.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil. Estudos Avançados**. São Paulo: IEA, n. 40, p.155-176, 2000.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direito Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRUTTI, Roger Spode. O princípio da insignificância frente ao poder discricionário do Delegado de Polícia. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo. Ano VII. nº 41. pags. 7-27, dez-jan, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17 ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CARVALHO, Marcia Dometila Lima. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 24-28.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Constituição e Constituinte**. 2ª . Ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 21-22.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY Jorge Assaf. **Curso de processo penal**: Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. 2 reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português: parte geral II. As conseqüências jurídicas do crime**. Lisboa: Aequitas, 1993.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Criminalização e globalização**. Revista do Ministério Público. Ano 24. n.º 96. outubro-dezembro, 2003.

_____. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral, introdução, volume 1**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal:** não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (nullum crime sine iniuria), funções político-criminais e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de,; BIANCHINI, Alice. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HESSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis. Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

JAKOBS, Günther. **A Imputação objetiva no direito penal;** tradução André Luis Gallegari. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Direito penal do inimigo.** org. e intrd. Luiz Moreira e Eugenio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95: juizados especiais criminais, lei 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais:** 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro:** 29º ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado: referencias doutrinarias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**: 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PALLAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIJO, Maria Elisabeth. **Princípios constitucionais no direito penal**. In JUNIOR, Ney Fayet. (Org.). Ensaio penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza, Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. págs. 587-600.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAMIREZ, Juan Bustos, **Introducción al derecho penal**, Bogotá: Temis, 1986.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTHENBURG, Claudius Walter. **Princípios constitucionais**: 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ROXIN, Claus (**Política Criminal y estructura del delito**). Tradução de Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée, Barcelona: PPU, 1992.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**; (org.) e Tradução André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**: Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **A expansão do Direito penal: aspectos da Política Criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Aproximacion al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância e os crimes ambientais**. Coordenação Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SYLLA, Antonio Roberto. **O preâmbulo da constituição brasileira e a sua relevância para o direito pena**. In LOPES, M.A.R., LIBERATI, W. D. (Org.). *Direito Penal e Constituição*, São Paulo, 2000.

TAVARES, Juarez. **Crêterios de seleçãõ de crimes e cominaçãõ de penas**, RBCCRRIM, n.º 0, dez, 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VICENZO, Manzini, **Tratado di Diritto Penale Italiano**, 1950, vol. 1, p. 55.

VICO MANÃS, Carlos. **O principio da insignificância como causa excludente da tipicidade penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman. P.G.** Tradução de Bustos Ramirez e Yánez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Documentos Eletrônicos:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 28 de maio de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1060971/RS - Relator Min. Felix Fischer. Recorrido Ezequiel Marques de Souza: Recorrente Ministério Público do Estado do

Rio Grande do Sul. Brasília, 11 de dezembro de 2008. Disponível em:
http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.189/RS. Paciente: Marcio Pires Gomes. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça - Relatora: Min. Ellen Gracie; Relator para Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 09 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 84.412-SP. Paciente: Bill Cleiton Cristovão. Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Celso de Melo. Brasília, 19 outubro de 2004. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 34641/RS. Paciente: Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, 15 de junho de 2004. Disponível em:
http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em: 15 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 100.311/RS. Paciente: Hélio Nunes Dias. Proc.: Defensor Público-Geral da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Cezar Peluzo. Brasília, 09 de março de 2010. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 15 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 91.920/RS. Paciente: Ebreu Borges. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 09 de fevereiro de 2010. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 15 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.012/RS. Paciente: Marcelo dos Santos da Silveira. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Recurso Especial nº 1008978 do Superior Tribunal de Justiça. Relator o Min. Joaquim Barbosa, Brasília, 09 de fevereiro de 2010. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 22 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96671/MG. Paciente: Robson Antonio Rodrigues. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Recurso Especial nº 909879 do Superior Tribunal de Justiça. Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, 31 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 95174/RJ. Paciente: Álvaro Benedito Oliveira de Carvalho. Impetrante: Clóvis Sahione e outros. Coator: Tribunal de Justiça do

Estado do Rio de Janeiro. Coatores: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 09 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 94.931/PR. Pacientes: Reinaldo Manoel de Oliveira; Everton da Rocha Barros; Sandro Franco Pereira. Impetrante: Marcelo Orotolani Cardoso. Coator: Superior Tribunal Militar. Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, 07 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 99207/SP. Paciente: Sílvio Augusto Martins. Impetrante : Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relatora Min. Carmen Lúcia. Brasília, 24 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 98159/MG. Paciente: Nadilson Nascimento Nunes. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, julgamento em 23 junho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 15 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 100.513/SP. Paciente: Nuha Afif. Impetrante: Defensoria Pública da União. Proc.: Defensor Público Geral da União. Coator: Relatora do HC N.º 139844 do Superior Tribunal de Justiça. Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, 23 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1.133.678- SC. Relator Min. Felix Fischer. Brasília, 13 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 655.946/DF - 2004/0060009-1. Relatora Min. Laurita Vaz. Brasília, 27 de fevereiro de 2007. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 106.2533/RS. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, Brasília, 09 de março de 2009. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 94583 / MS. Paciente: Marcelo da Silva Lima. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar.

Relatora Min. Ellen Gracie - Relator p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90125/RS. Relatora: Min. Ellen Gracie - Relatora p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 24/06/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87319/PE. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 07/11/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98381/RS. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 20/10/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 93859/SP. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 13/08/2009. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 86913/PR. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, 28/05/2008. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 677159/PE. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 22/02/2005. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88941/AL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19/08/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 15 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88077/RS. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 31/10/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 15 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 66869/PR. Relator Min. Aldir Passarinho. Brasília, 06/12/1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 15 de maio de 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 95.445/DF. Relator Min. Eros Grau. Brasília, 02/12/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC – 82.354/PR. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 10/08/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 29 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94.835/SP. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 07/10/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 114.1176. Eduardo Chow de Martinho Tostes e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora Min. Laurita Vaz. Brasília, 27 de fevereiro de 2007. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92.411/RS. Paciente: Josué Martins da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça - Relator p/ Acórdão: Min. Ayres Brito. Brasília, 6 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94.415/RS. Paciente: Joel Andrade Menezes. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 3 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92.744/RS. Paciente: Marcelo Correa. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora - Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94770/RS. Paciente: Airton José Dias de Campos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça - Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 3 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 de maio de 2010.