

Guilherme E Silva Pamplona

**O Princípio da Insignificância como Excludente de Tipicidade Material nos
Crimes Militares de Furto**

FLORIANÓPOLIS

2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO EXCLUDENTE DE TIPICIDADE MATERIAL NOS CRIMES MILITARES DE FURTO

Monografia apresentada pelo acadêmico Guilherme e Silva Pamplona à banca examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientação:

Profº. Dr. Antônio Carlos Brasil Pinto

FLORIANÓPOLIS

2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

O princípio da insignificância como excludente de tipicidade material nos crimes militares de furto

Esta monografia foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Professor orientador e pelos membros da banca examinadora composta por Antônio Carlos Brasil Pinto, Luis Carlos Cancellier de Olivo e Fernando Rodrigues de Menezes Junior.

Antônio Carlos Brasil Pinto

Luis Carlos Cancellier de Olivo

Fernando Rodrigues de Menezes Junior

Dedico este trabalho aos meus pais, Elson Cardoso Pamplona e Rosangela e Silva Pamplona, sempre ao meu lado, dando-me forças para perseverar.

RESUMO

O princípio da insignificância, princípio implícito fundamentado nos preceitos constitucionais de igualdade, liberdade, razoabilidade, fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade, age como limite tático da norma penal, excluindo a tipicidade material nas infrações que afetem insignificamente o bem jurídico tutelado pela norma. Especificamente no furto praticado por militar, cuja legislação pioneiramente recepcionou a insignificância como princípio, as cortes superiores vem admitindo sua aplicação sem as rigorosidades da legislação militar, o que vem causando críticas acaloradas. A discussão se funda na aplicabilidade, ou não, da insignificância em face do bem jurídico mediatemente defendido pelo direito penal militar, qual seja, regularidade das instituições militares, de suma importância na defesa da missão constitucional das forças militares.

Palavras-chave: Crime de furto; Direito Penal Militar; Agente militar; Princípio da insignificância.

PAMPLONA, Guilherme e Silva. **O princípio da insignificância como excludente de tipicidade material nos crimes militares de furto.** Florianópolis: UFSC: 2008. 95 p. Monografia (graduado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. Orientador: PINTO, Antônio Carlos Brasil.

ABSTRACT

The insignificance principle, implicit principle based on the constitutional precepts of equality, freedom, reasonability, fragmentarity, subsidiarity and proportionality, acts as tactical limit to the military criminal law, excluding materially the law in violations that affect insignificantly the juridical protected values. Specifically in the military theft, whose legislation was the precursor of the insignificance principle, the superior courts of law are admitting the application without the harshness intrinsic to the military legislation, which is causing heated critics. The discussion established relies in the applicability, or not, of the insignificance in the face of a juridical value indirectly protected by the military criminal law, which is the regularity of the military institutions, relevant to the defense of the military forces' constitutional mission.

Key- words: Theft; Military Criminal Law; Military Agent; Insignificance Principle.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL	11
1.1. Princípios jurídicos	11
1.2 Origem histórica e conceito de princípio da insignificância	17
1.3 Fundamentos do princípio da insignificância	28
1.3.1 O princípio da igualdade	28
1.3.2 O princípio da liberdade	30
1.3.3 Princípio da razoabilidade	31
1.3.4 Princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.....	32
1.3.5 Princípio da proporcionalidade	33

CAPÍTULO II

MEIOS DE PENETRAÇÃO E CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ..	35
2.1 Tipicidade	35
2.2 Critérios de reconhecimento e classificação de condutas penalmente insignificantes	40
2.2.1 Desvalor da ação e desvalor do resultado	40
2.2.2 Natureza jurídico-penal	46
2.3 Críticas ao princípio da insignificância	48
2.3.1 Segurança jurídica	48
2.3.2 Imprecisão terminológica	50
2.3.3 Previsão legislativa residual	52
2.3.4 Dificuldade de valoração das ofensas nos delitos não materiais	53
2.3.5 Ausência de resposta jurídica às lesões de direitos.....	54

CAPÍTULO III

O FURTO PRATICADO POR AGENTE MILITAR	58
3.1 Conceito de crime militar	58
3.1.1 Considerações iniciais.....	58
3.1.2 Diferenciação entre direito penal comum e especial	60
3.1.3 Crimes militares próprios e impróprios	63
3.2. O furto no Código Penal Militar	68

3.3 A jurisprudência dos Tribunais superiores e o princípio da insignificância	
.....	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

INTRODUÇÃO

O intento deste trabalho consiste na análise do princípio da insignificância em sede de direito penal militar, mais especificamente nas hipóteses de crime militar de furto.

Em um primeiro momento, serão estudados os princípios jurídicos, com o intuito de se situar a insignificância como princípio do direito, o que se revela importante, pois, em que pese não expressamente previsto na legislação pátria, insere-se como princípio jurídico implícito, inferido por meio de outros princípios penais constitucionais explícitos. São estudadas, também, as principais vertentes quanto a origem histórica do princípio, que debatem se este remontaria ao direito romano ou ao pensamento jurídico do Renascimento. Em seguida, disserta-se acerca dos conceitos de princípio da insignificância elaborados pela doutrina nacional, bem como os princípios fundamentadores de sua aplicação.

Numa segunda ocasião, procura-se estudar os conceitos de desvalor da ação e desvalor do resultado contidos na elaboração da tipicidade, de extrema relevância para o reconhecimento e classificação do princípio da insignificância. Na seqüência, analisou-se a natureza jurídico-penal do princípio, onde foram expostas as vertentes de exclusão de tipicidade, exclusão de antijuridicidade e exclusão de culpabilidade.

Ato contínuo, fez-se breve explanação das críticas ao princípio da insignificância, referindo-se os argumentos a favor e contra a sua incidência.

No último capítulo, procura-se, por primeiro, estabelecer as peculiaridades do direito penal militar, analisando-se a diferenciação entre direito penal comum e direito penal especial, e, por fim, a distinção entre crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares (cometidos em tempo de paz).

Após, estuda-se as elementares caracterizadoras do crime de furto previsto no Código Penal Militar, analisando-se as peculiaridades inerentes, principalmente no que concerne aos bens jurídicos tutelados pela norma castrense.

Por último, far-se-á reflexão a respeito das decisões das cortes superiores pátrias, apontando os argumentos em favor e contra a aplicação do princípio da

insignificância em sede de direito penal militar, que recaem sobretudo nas especificidades da vida na caserna.

Destaca-se que o estudo que se fará neste Trabalho de Conclusão de Curso reside na aplicabilidade ou não do princípio da insignificância nas hipóteses em que a afetação do bem jurídico patrimônio, protegido imediatamente pelo art. 240 do Código Penal militar, for de pequena monta, tendo em conta que a tutela de bens jurídicos no direito penal comum obedece a postulados diferenciados daqueles previstos na legislação penal castrense, sobretudo porque este preserva um bem jurídico mediato de extrema importância, qual seja, a regularidade das instituições militares.

O método de abordagem utilizado para a realização deste trabalho foi o indutivo; e o de procedimento como método monográfico. A pesquisa levada a efeito para se concretizar este estudo, baseou-se na técnica de pesquisa bibliográfica e documental nas áreas de Direito Penal, Penal Militar e Constitucional.

CAPÍTULO I

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

1.1. Princípios jurídicos

O termo *princípio* carrega em seu cerne a idéia de começo, de local onde determinada coisa teve origem. Miguel Reale, em magistral lição, discorre acerca do significado de princípio:

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 a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundamentos de validade de um sistema particular de conhecimento com seus pressupostos necessários.¹

Entretanto, pela generalidade de tal significado, deve-se buscar um que melhor se amolde ao Direito. De Plácido e Silva ensina acerca do sentido jurídico da palavra princípio:

No sentido jurídico, notadamente no plural, significa as *normas elementares* ou os *requisitos primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa.

E, assim, *princípios* revelam o conjunto de *regras e preceitos*, que se fixam para servir de *norma* a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria *norma* ou *regra jurídica*. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos *axiomas*.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito.

E, nesta acepção, não se compreendem somente os *fundamentos jurídicos*, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da *Ciência Jurídica*, onde se firmaram as *normas originárias* ou as *leis científicas do Direito*, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.

¹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 31.

Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do direito e proteção aos direitos.²

Celso Antônio Bandeira de Melo³ define com brilhantismo o que vem a ser princípio jurídico, dizendo se tratar de mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, consistindo em disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe tônica e sentido harmônico.

O que define algo como princípio, segundo Maurício Antônio Ribeiro Lopes⁴, é a capacidade de superar os limites de sua força interna para irradiar comandos operadores do funcionamento de estruturas alheias ao próprio ser.

Uma relevante transformação, no que concerne aos princípios, operou-se pela atribuição de *status* de norma jurídica, uma vez que deixaram os códigos, onde eram consideradas meras fontes supletivas, para se inserirem na Constituição, revestindo-se, assim, de caráter de princípio constitucional.⁵

Embora os princípios tenham alcançado preponderância normativa com o advento do pós-positivismo, já no ano de 1952 Vezio Crisafulli apontava como intrínseco o caráter de norma jurídica:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de umas ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais) das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: seja, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.⁶

O grande jurista italiano Norberto Bobbio, em sua obra “Teoria do ordenamento jurídico”, afirma categoricamente que os princípios jurídicos possuem natureza normativa:

² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 639.

³ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 450.

⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95, 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 35.

⁵ Desde já se quer explicitar que não há espaço, no presente trabalho monográfico, para um estudo rebuscado relativamente aos princípios jurídicos, haja vista a complexidade do tema. O que se busca, em verdade, é apontar alguns conceitos essenciais para situar o princípio da insignificância no ordenamento jurídico pátrio.

⁶ CRISAFULLI, Vezio *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito consitucional**. 19. ed. atual. São

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um processo de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles; se abstraio da espécie animal, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?⁷

No que concerne à classificação dos princípios, em que pese as diversas presentes na doutrina, a mais comumente empregada foi aquela proposta pelo brilhante doutrinador José Joaquim Gomes Canotilho, que os dividiu em princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios garantia.⁸

Por princípios jurídicos fundamentais (*rechtsgrundsätze*), entende o autor:

Consideram-se *princípios jurídicos fundamentais* os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Mais rigorosamente, dir-se-á, em primeiro lugar, que os princípios têm uma função negativa particularmente relevante nos «casos limites» («Estado de Direito e de Não Direito», «Estado Democrático e ditadura»). A função negativa dos princípios é ainda importante noutros casos onde não está em causa a negação do Estado de Direito e da legalidade democrática, mas emerge com perigo o "excesso de poder". Isso acontece, por ex., com o princípio da proibição do excesso (cfr. arts. 18.72, 19.72/3/4/8, 28.72, 272.7 2).

Os princípios jurídicos gerais têm também uma *função positiva*, «informando» materialmente os actos dos poderes públicos. Assim, por ex., o *princípio da publicidade dos actos jurídicos* (cfr. art. 122.º) exige que, no caso de ser reconhecida eficácia externa a esses actos, eles sejam notificados aos interessados nos termos da lei (cfr. art. 268.73). Atrás do princípio da publicidade, está a exigência de segurança do direito, a proibição da *arcana praxis* (política de segredo), a defesa dos cidadãos perante os actos do poder público.

A mesma eficácia material positiva se reconhece ao princípio, já citado, da *proibição do excesso*. Proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor,

Paulo: Malheiros, 2006. p. 257.

⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. p. 158-159.

⁸ Necessário ressaltar que a obra literária de Canotilho foi idealizada em face da Constituição Portuguesa.

positivamente, a *exigibilidade*, *adequação* e *proporcionalidade* dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de «justa medida» (LARENZ).

O *princípio do acesso ao direito e aos tribunais* (cfr. art. 20.º) é outro princípio geral que postula não só o reconhecimento da possibilidade de uma defesa sem lacunas, mas também o exercício efectivo deste direito (ex.: direito ao patrocínio judiciário, direito à informação jurídica). Também o princípio da imparcialidade da administração (art. 266.º) é um princípio simultaneamente negativo e positivo: ao exigir-se imparcialidade proíbe-se o tratamento arbitrário e desigual dos cidadãos por parte dos agentes administrativos, mas, ao mesmo tempo, impõe-se a igualdade de tratamento dos direitos e interesses dos cidadãos através de um critério uniforme da ponderação dos interesses públicos.

Em virtude desta dimensão determinante (positiva e negativa) dos princípios, reconhece-se hoje que, mesmo não sendo possível fundamentar autonomamente, a partir deles, recursos de direito público (o que é discutível), eles fornecem sempre directivas materiais de interpretação das normas constitucionais. Mais do que isso: vinculam o legislador no momento legiferante, de modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais.⁹

CANOTILHO define, com a maestria que lhe é peculiar, o conceito de princípios políticos constitucionalmente conformadores:

Designam-se por *princípios politicamente conformadores* os *princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte*. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da constituição. Expressando as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembleia constituinte, os princípios político-constitucionais são o *cerne político de uma constituição política*, não admirando que: (1) sejam reconhecidos como limites do poder de revisão; (2) se revelem os princípios mais directamente visados no caso de alteração profunda do regime político.

Nesta sede situar-se-ão os *princípios definidores da forma de Estado*: princípios da organização económico-social, como, por ex., o princípio da subordinação do poder económico ao poder político democrático, o princípio da coexistência dos diversos sectores da propriedade — público, privado e cooperativo —; os princípios definidores da *estrutura do Estado* (unitário, com descentralização local ou com autonomia local e regional), os *princípios estruturantes do regime político* (princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio republicano, princípio pluralista) e os *princípios caracterizadores da forma de governo* e da organização política em geral, como o princípio separação e interdependência de poderes e os princípios eleitorais.

Tal como acontece com os princípios jurídicos gerais, os princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios *normativos*, *rectrizes* e *operantes*, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em actividades interpretativas, seja em actos inequivocamente conformadores (leis, actos normativos)¹⁰.

Quanto à definição de princípios constitucionais impositivos, prossegue o renomado jurista:

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 171-172.

Nos *princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que, sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas*. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados.

Estes princípios designam-se, muitas vezes, por «preceitos definidores dos fins do Estado» (assim SCHEUNER: *Staatszielbestimmungen*), «princípios directivos fundamentais» (HÄFELIN), OU «normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas».

Como exemplo de princípios constitucionais impositivos podem apontar-se o princípio da independência nacional e o princípio da correcção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (arts. 9.7d e 81.º/b). Traçam, sobretudo para o legislador, linhas rectrizes da sua actividade política e legislativa¹¹.

Por fim, estabelece a conceituação de princípios-garantia:

Há outros princípios que visam instituir directa e imediatamente uma *garantia* dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se, a título de exemplo, o princípio de *nullum crimen sine lege e de nulla poena sine lege* (cfr. art. 29.º), o princípio do juiz natural (cfr. art. 32.º77), os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo* (cfr. arts. 29.74, 32.72).

Como se disse, estes princípios traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes chamem «princípios em forma de norma jurídica» (LARENZ) e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação¹².

Há, como visto, normas que não estão expressamente previstas no ordenamento jurídico, subsistindo como princípios latentes em suas estruturas, denominados de princípios implícitos ou suprapositivos, como ensina o Ministro Eros Grau:

Os princípios gerais do direito são, assim, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento. E o são justamente porque neste mesmo ordenamento – isto é, no interior dele – já se encontravam em estado de latência.

Não se trata, portanto, de princípios que o aplicador do direito ou intérprete possa resgatar fora do ordenamento, em uma ordem suprapositiva ou no Direito natural. Insista-se: eles não são descobertos em um ideal de “direito justo” ou em uma “idéia de direito”.

Trata-se, pelo contrário – e neste ponto desejo referir explicitamente os princípios descobertos no seio de uma constituição – não de princípios declarados (porque anteriores a ela) pela constituição, mas sim de princípios que, embora nela não expressamente enunciados, no seu bojo, estão inseridos. [...]

Insisto em que esses princípios, em estado de latência existentes sob cada ordenamento, isto é, sob cada direito posto, repousam no direito pressupos-

¹⁰ CANOTILHO, J. J., 1993, p. 172-173.

¹¹ CANOTILHO, J. J., 1993, p. 173.

¹² CANOTILHO, J. J., 1993, p. 173.

to que a ele corresponda. Neste direito pressuposto os encontramos ou não encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem.¹³

Nossa Constituição dá supedâneo legal à existência desses princípios, mais especificamente na cláusula de reserva, positivada no art. 5º, § 2º, que assim dispõe: “os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Walter Claudius Rothenburg, acerca do referido dispositivo, aponta com perspicácia:

De maneira semelhante, nossa atual Constituição, no pródigo art. 5º – que inaugura o título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, adverte no parágrafo 2º, que esses “não excluem outros decorrentes do regime de princípios por ela adotados...”, como a indicar que outros “direitos fundamentais” somente podem resultar de princípios contidos no sistema (ainda que não ostensivamente revelados). Trata-se de uma apreensão “integral” do fenômeno constitucional – conferindo novo significado à expressão “constituição em sentido material” (axiológico) –, ultrapassando uma visão de sistema fechado em prol duma concepção “aberta”, que admite a integração por outros “elementos” (sobremaneira os valores e sentimentos) além dos estritamente formais, bem como um intercâmbio entre eles (interagindo com os demais dados da realidade).¹⁴

Como visto, a interpretação e a concretização das normas constitucionais vêm revelando os princípios latentes nos meandros da Constituição de 1988, utilizados para composição de novos problemas concretos, surgidos em razão dos avanços das técnicas jurídicas e da sociedade como um todo.

Migrando para a seara das funções dos princípios jurídicos, o jurista Daniel Sarmiento preleciona a respeito das divisões clássicas, quais sejam, fundamentadora, interpretativa e supletiva.

A fundamentadora consiste na função de legitimar a ordem jurídica, em razão da sua acentuada carga axiológica e proximidade do conceito de justiça, por isso que corporificam os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.¹⁵

Nessa senda, CANOTILHO faz pontuais observações sobre a legitimação e enraizamento das normas e princípios:

¹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 115-117.

¹⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 58.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 54.

O direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action*, para uma «*living constitution*». Esta perspectiva teórico-jurídica, tendencialmente «principlista», do «sistema constitucional», como sistema processual de regras e princípios, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (cfr. infra, Parte III, Padrão II sobre colisão de direitos fundamentais), mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através da «textura aberta» dos princípios; a legitimidade entrevê-se na idéia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundadores da ordem jurídica; o enraizamento prescreta-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição.¹⁶

SARMENTO¹⁷, já no âmbito da função interpretativa, diz que os princípios constitucionais exercem um papel hermenêutico, sendo verdadeiros vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais, representando, ainda, papel de “fio-condutor” da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados.

Por função supletiva, o supracitado doutrinador argumenta que os princípios constitucionais regulam imediatamente o princípio dos seus destinatários, em face da ausência de regras constitucionais específicas sobre determinada matéria.¹⁸

1.2 Origem histórica e conceito de princípio da insignificância

A origem histórica do princípio da insignificância, segundo o doutrinador Diomar Ackel Filho¹⁹, remonta ao Direito Romano, “onde o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante a máxima contida no brocardo **minimis non curat pretor**. De lá para cá, o princípio substituiu, embora sem que lhe tivesse sido dado o merecido destaque, o que só agora vem aconte-

¹⁶ CANOTILHO, J. J., 1993, p. 170.

¹⁷ SARMENTO, Daniel, 2000, p. 54.

¹⁸ SARMENTO, Daniel, 2000, p. 69.

¹⁹ ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. **Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo: Lex, n. 94. p. 72-77, abr./jun./ 1988. p. 73.

cendo, a partir do seu moderno enfoque por KLAUS ROXIN e outros autores europeus”.

Compartilhando de tal entendimento, Carlos Vicos Mañas aduz que “pode-se afirmar que o princípio já vigorava no direito romano, pois o pretor, em regra geral, não se ocupava de causas ou delitos insignificantes, seguindo a máxima contida no brocardo *minimis non curat praetor*”.²⁰

Ivan Luiz da Silva comenta o papel do brocardo romanístico *minimis non curat praetor* no revigoramento do princípio da insignificância:

O recente aspecto histórico do Princípio da Insignificância é, inafastavelmente, devido a Claus Roxin, que, no ano de 1964, o formulou com base de validade geral para determinação geral do injusto, a partir de considerações sobre a máxima latina *minima non curat praetor*.

Conquanto a formulação atual do Princípio em debate tenha sido realizada por Roxin, encontramos vestígios dele na obra de Franz von Liszt, que, em 1903, ao discorrer sobre a hipertrofia da legislação penal, afirmava que a legislação de seu tempo fazia uso excessivo da pena e, ao final, indaga se não seria oportuno restaurar a antiga máxima latina *minima non curat praetor*.

(...) Assim, não obstante a formulação contemporânea do Princípio da Insignificância, não há como se ocultar que sua origem se encontra no antigo brocardo romanístico *minima non curat praetor*, ou de *minimis praetor non curat*, como aparece mencionado em numerosos autores que desde o século XIX o invocam a pedem sua restauração: Carrara, von Liszt, Quintiliano Saldaña, Claus Roxin, Baumann, Zaffaroni, dentre outros.²¹

Uma segunda posição, cunhada com maestria por José Luís Guzmán Dalbora, também nega a origem romana do princípio da insignificância, aduzindo que nenhuma das formas pelas quais o brocardo é conhecido (*minima non curat praetor*, *de minimis non curat praetor*, *de minimis praetor non curat*), ou mesmo outras semelhantes, podem ser encontradas no *Corpus iuris civilis* ou outras fontes romanas mais antigas, sobretudo aquelas que vieram à luz sob os auspícios da jurisprudência erudita dos séculos quinze e dezesseis.²²

DALBORA aponta que o *Corpus iuris civilis* somente permite concluir que os romanos tiveram breve conhecimento do aspecto da insignificância, sendo que o que efetivamente conheceram foi o qualitativo de insignificante, e afirmaram

²⁰ MAÑAS, Carlos Vicos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56.

²¹ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 87.

²² DALBORA, José Luís Guzmán. La insignificância: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14. p. 41-81, abr./jun./ 1996. p. 59.

sua conseguinte irrelevância para o direito, todavia em um sentido geral, isto é, referido ao tema das fontes de Direito – não somente ao simples ofício do pretor – especialmente à lei.²³

Mais adiante afirma que o *corpus iuris* inclui o insignificante no princípio mais amplo do que o raro, o insólito, aquilo que ocorre poucas vezes, não requer e nem deve ser objeto de prescrição jurídica, singularmente a legal, citando a seguinte passagem: “*Nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt*” (Dig., I, III, 5).²⁴

Outrossim, defende que não seria arriscado afirmar que em sua fase quantitativa, quer dizer, enquanto a que a lei – ou o magistrado – se cuide de dar tutela jurídica ao insignificante ou mínimo, por muito freqüentemente que ocorra, a insignificância é, com ressalvas, virtualmente desconhecida no *corpus iuris*.²⁵

A despeito de a expressão *minima non curat praetor* apresentar o aspecto característico do que, desde Odofredo, denominou-se *brocarda* ou *generalia*, procedimento de trabalho característico dos glosadores e que tem suas raízes na fundação da Escola de Bolonha, há vários motivos para supor que não foi obra dos glosadores e nem dos comentaristas. Isso porque um dos juristas que mais brilharam na técnica de elaboração destas *dogmatas*, Azo (+1230), não incluiu o termo em sua coleção de *Brocarda*, que acompanha como apêndice o *Summa Codicis*, sendo que nem mesmo figura na *Glossa magna* de Acursio (+1263, aproximadamente).²⁶

DALBORA acrescenta que se deve ter em consideração a típica e conhecida falta de sentido histórico dos glosadores, unidas a uma carência de mentalidade crítica para captar a integral realidade do passado, de sorte que esta, não percebida com o sentido da história, se transfigurava em realidade contemporânea, se mascarava na consciência da originalidade *mens legis*, tratando de adequar, em um esforço desesperado, as velhas normas justinianas a uma realidade muito diferente. Tendo isso em vista, seria difícil pensar que um glosador, nem mesmo um comentarista, considerando a atividade prática dos últimos como conselheiros, tenham cu-

²³ DALBORA, J. L., 1996, p. 59.

²⁴ Idem, ibidem, p. 60.

²⁵ DALBORA, J. L., 1996, p. 60.

²⁶ DALBORA, J. L., 1996, p. 61.

nhado uma máxima que menciona a expressão pretor, pois se tratava de figura que havia desaparecido da administração da justiça e não existia naquela época.²⁷

Bem assim, argumenta que o elã autoritário do período imperial romano, e por conseqüência do direito justinianeu, com sua decadente jurisprudência, sua subordinação das fontes de criação jurídica às vontades do príncipe e a onipresença desta em todos os âmbitos da vida, certamente torna mais propício que os pretores (magistrados) sancionassem transgressões insignificantes em qualquer hipótese, porque o nível com que se calibra e reconhece o espírito autoritário no Direito – fazendo abstração de suas concreções históricas – é a perpétua tendência do governante a se defender do grande e do pequeno, e deste último com dureza e sem guardar proporção alguma entre a infração e o castigo. E destas fontes se alimentaram os glosadores e os comentaristas, introjetando uma mentalidade caracterizada pelo autoritarismo.²⁸

DALBORA leciona que a despreocupação do magistrado com o quantitativamente insignificante, respondendo ao mais sensato e prudente juízo de quem sabe, ou intui, que o instrumento de coação jurídica não pode estar a serviço de qualquer assunto, e sim para os de alguma monta, aqueles que possuam um significado juridicamente relevante, melhor se enquadra a um pensamento liberal que um autoritário. Amolda-se, pois, perfeitamente às condições culturais e ideológicas que se apresentavam aos juristas do Renascimento, pois

[...] los humanistas ya non miraron el *Corpus iuris* com la reverencia obsecuente e sumisa del medievo, ni están interesados en servise de él com immediatos fines prácticos, esto es, de aplicación de sus normas. El Digesto representaba para ellos um tesoro de la antigüedad clásica, un fragmento de cierta cultura pasada, es cierto, pero también digna, por sus méritos, de ser imitada y aun superada. Ya no fue posible continuar con la absoluta despreocupación histórica de los glosadores y comentaristas, porque de lo que entonces había que preocuparse era de inserir el Derecho romano em *su* mundo histórico y en *su* ambiente de cultura y valoraciones, para comprenderlo “y recuperarlo fielmente y en su aspecto original de documento de la *humanitas* antigua, y de instrumento de conocimiento de Derecho romano como derecho histórico”. Cuando se piensa que esta nueva disposición espiritual requiere de um gran poder teórico y de uma correspondiente capacidad de abstracción, entonces no parece imposible que, em congruencia com esa actitud mental, uma figura del admirado pasado, el pretor, pudiese se

²⁷ DALBORA, J. L., 1996, p. 61.

²⁸ DALBORA, J. L., 1996, p. 62.

incorporada en la construcción del brocardo, esta vez com exacta conciencia de se empleaba sólo com fines eruditos y especulativos.²⁹

Por fim, DALBORA disserta que as ciências de direito privado experimentavam um segundo rejuvenescimento por obra dos esforços elegantes do historicismo, com acentuação da consideração histórica do Direito romano, a ciência penal do Renascimento não logrou obter o mesmo fruto. E a razão, segundo o autor, é muito compreensível, haja vista as relações que o punitivo guarda com o político, muito mais fortes que a influência dos fatores históricos sobre este ramo do Direito. Conclui, então, que

Tomando en cuenta, en fin, que hablando con propiedad, no hubo penalistas del humanismo, sino más bien, ciencia del Derecho penal en la época de éste movimiento intelectual – de hecho, el ropaje, apenas formal, de humanismo de los autores que Schaffstein estudia, lo revela –, período que, al contrario estuvo dominado por los prácticos – y ya se sabe que éstos estaban enfeudados en el *mos italicus* (ejemplo típico, Farinaccio), creo que esta conjetura se puede cerrar suponiendo un origen más bien civil que penal del aforismo *minima non curat praetor*.³⁰

LOPES registra um terceiro posicionamento, entendendo que o Direito Romano foi desenvolvido sob a ótica do direito privado e não do direito público, consistindo o brocardo menos que um princípio e mais um aforismo, apontando que a vinculação mais relevante do princípio da insignificância seria com o princípio da legalidade e com a natureza fragmentária do direito penal:

Não se pode desvincular o princípio da insignificância do princípio da legalidade [...]. A insignificância não é exceção à legalidade, mas princípio com-

²⁹ DALBORA, J. L., 1996, p. 62-64. “Os humanistas já não olhavam o *Corpus iuris* com a reverência obsequiosa e submissa da Idade Média, nem estão interessados em servir-se dele com imediatos fins práticos, isto é, de aplicação de suas normas. O Digesto representava para eles um tesouro da antiguidade clássica, um fragmento de certa cultura passada, é certo, mas também digna, por seus méritos, de ser imitada e mesmo superada. Já não foi possível continuar com a absoluta despreocupação histórica dos glosadores e comentaristas, porque do que então havia que se preocupar era de inserir o Direito romano em seu mundo histórico e em seu ambiente de cultura e valorações, para compreendê-lo ‘e recuperá-lo fielmente e em seu aspecto original da *humanitas* antiga, e de instrumento de conhecimento de Direito romano como direito histórico’. Quando se pensa que esta nova disposição espiritual requer de um grande poder teórico e de uma correspondente capacidade de abstração, então não parece impossível que, em congruência com esta atitude mental, uma figura do admirado passado, o pretor, pudesse se incorporar na construção do brocardo desta vez com exata consciência de que empregava só com fins eruditos e especulativos”.

³⁰ DALBORA, J. L., 1996, p. 65-66. “Levando em conta, enfim, que falando com propriedade, não há penalistas do humanismo, antes, ciência do Direito penal na época deste movimento intelectual – de fato, a roupagem, apenas formal, de humanismo dos autores que Schaffstein estuda, o revela –, período que, ao contrário esteve dominado pelos prácticos – e já se sabe que eles estavam enfeudados no *mos italicus* (exemplo típico, Farinaccio), creio que esta conjetura se pode finalizar supondo uma origem bem mais civil que penal do aforismo *minima non curat praetor*.”

plementar densificador de seu conteúdo material. Onde não se valoriza a legalidade, qual será o papel da insignificância? Ao contrário de grande parte da doutrina, menos atenta a esse aspecto, entendo que o que justifica modernamente o princípio da insignificância e sua aceitação no Direito Penal não é seu caráter opositor ao direito positivo, qual fosse uma solução extrajurídica para problemas aplicativos daquela modalidade descritiva de direito, mas a sua natureza intrínseca à normatividade jurídica.

O princípio da insignificância, conquanto possa ser extralegal, não é extrajurídico, tampouco contrajurídico. É um princípio sistêmico, decorrente da própria natureza fragmentária do Direito Penal. Para dar coesão ao sistema penal é que se o fez. Sendo, pois, princípio específico do Direito Penal, não consigo relacioná-lo com a (paradoxalmente) máxima *minimis non curat praetor*, que serve como referência, mas não como via de reconhecimento do princípio.³¹

Segundo o autor, o princípio da legalidade em matéria penal – *nullum crimen nulla poena sine lege* – sofreu transformações no decorrer do tempo, vindo a caracterizá-lo como a mais sólida garantia conferida à liberdade individual dentro de um Estado de regime democrático. E essas alterações incluem a passagem da formulação básica do princípio a outras figuras adjetivadas, restringindo, dessa forma, os desígnios criminalizadores.³²

Atingiu-se o *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, berço dos princípios da anterioridade, irretroatividade da lei penal incriminadora e, posteriormente, o da retroatividade da lei penal mais benéfica; descobriu-se, também, o *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, desta feita se afastando a possibilidade de eleição consuetudinária de condutas penalmente típicas; cunhou-se uma terceira face do conteúdo da legalidade penal – *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* – ficando vedado o emprego de analogia para criar figuras delituosas ou justificar, fundamentar ou agravar penas; mais recentemente, proibiu-se incriminações vagas e indeterminadas – *nullum crimen nulla poena sine lege certa* – traduzido ora como princípio da taxatividade, ora como da determinação, ou taxatividade-determinação, ou mandato de certeza; e com diversas idas e vindas, justificou-se a expressão *nullum crimen nulla poena sine iuria*, ou seja, sem efetivo dano que represente gravidade suficiente para imposição de sanção criminal.³³

LOPES diz que a origem do princípio da legalidade remonta à teoria do contrato social do Iluminismo, onde o Estado constitui mero instrumento para garantia dos denominados direitos do Homem, limitando-se à proteção efetiva desses di-

³¹ LOPES, M. A., 2000, p. 41-42.

³² LOPES, M. A., 2000, p. 44.

³³ LOPES, M. A., 2000, p. 44-45.

reitos. A preocupação do Iluminismo, conforme pode se verificar nos textos de Bacon, Puffendorf, Montesquieu e Hobbes, era efetivamente limitar o poder estatal e proteger contra o arbítrio judicial, garantindo ao súdito liberdade de ação, cujo espectro se traduz na seguinte expressão: somente não é lícito aquilo que a lei proíbe (*permittitur quod non prohibetur*). E nesses termos é que surge o princípio da legalidade ou da reserva legal, uma vez que somente a lei anterior ao fato pode eleger os comportamentos considerados delituosos, bem como as respectivas reprimendas aplicáveis à situação.³⁴

LOPES destaca a relevância de Beccaria na construção do princípio da legalidade:

Dentro desse panorama merece destaque específico Beccaria, com seu opúsculo *Dei delitti e delle pene*. Ali, com extremo vigor, concluía que “apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social”. Adiante, quando fala da medida dos delitos, Beccaria expressa que “a exata medida do crime é o prejuízo causado à sociedade”. Aí está uma dessas verdades que, ainda que evidentes para o espírito menos arguto, porém escondidas por um concurso singular de circunstâncias, apenas são conhecidas de um pequeno número de pensadores em todos os países e em todos os séculos.³⁵

O princípio da legalidade, já no século XIII, estava presente na *Magna Charta Libertatum* e nos *Bills of Rights* das colônias inglesas da América do Norte, sendo que nestes documentos “mais se infere o princípio da insignificância do que se o explicita e tal pode ser constatado pela análise sistêmica da categoria de assuntos relacionados com sistemas de interferência e punições estatais, ainda que em órbita não exclusivamente penal”³⁶.

Entretanto, o preceito alcançou projeção internacional através da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 26.08.1789, onde mais claramente veio consubstanciado, senão vejamos:

Artigo 7º – Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da Lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistência.

³⁴ LOPES, M. A., 2000, p. 45.

³⁵ LOPES, M. A., 2000, p. 46.

³⁶ LOPES, M. A., 2000, p. 46.

Artigo 8º – A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

No âmbito do princípio da insignificância, mais especificamente no artigo 5º da referida declaração, observa-se a seguinte prescrição: “A Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade”. Some-se isso à primeira parte do artigo 8º, que estabelece que as penas devam ser estritas e evidentemente necessárias, desponta claramente o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, bem como a necessidade de ocorrência de um fato com lesão significativa aos bens jurídicos tutelados para que se autorize apenamento.

De acordo com LOPES, um dos pontos de toque para o atual estágio do princípio da insignificância é a reação manifestada às doutrinas totalitárias empregadas sobretudo pelo Direito germânico até quase o final da primeira metade deste século, durante o período do nazismo. Acerca do Direito Penal totalitário da Alemanha, o doutrinador salienta que

Freisler, um dos máximos colaboradores do novo direito germânico, pronunciava-se, sobre o tema da legalidade, aduzindo que o Direito Penal não pode e não deve ser uma enumeração ou catalogação de casos, nos quais caiba ao Estado a faculdade de impor penas aos indivíduos. Tal concepção somente seria admissível se se considerarem o Estado e o indivíduo como *paralelas*, e não quando o indivíduo é identificado como membro orgânico do povo e o Estado como forma natural da vida do povo, segundo o prisma nacional-socialista.

Isso permitia um elenco seletivo de tipos penais descompassado de qualquer noção orgânica de Direito penal e, via de consequência, sem limites para a identificação de conteúdo material de gravidade penal capaz de legitimar a incidência da pena. A atividade estatal estava completamente desregulada quanto a esse balanceamento.

Baseado sobre o princípio dirigente, a lei era o que o *Führer* ditava e os esquemas normativos não eram senão uma referência incriminadora que podia ser ampliada para abarcar o “sentimento sadio do povo alemão”.

Argumentava Schaffer que o bem-estar e o interesse da coletividade são o objeto e o fim de toda a atividade do Estado. Não pode este tolerar que o indivíduo abuse impunemente de suas energias em prejuízo da comunhão geral. Mesmo sem prévia incriminação, e na dúvida sobre a nocividade social da própria conduta, deve o indivíduo abster-se de agir: se não se abstém, age por sua conta e risco, e deve ficar sujeito à repressão penal.

O mais radical inimigo do individualismo entre os penalistas de Hitler, Schafstein renegava toda a dogmática jurídica recolhida até então, pregando um direito afastado da estabilização de fórmulas rígidas. Ao invés do método lógico – formal, que serviu ao ideal de segurança jurídica da escola de Liszt – da segurança do direito no Estado liberal – propugna o desenvolvimento da ciência jurídico penal dentro da noção orgânica e complexa de *direito, povo e Estado*. Supremo valor e, como tal, medida de todos os valores é o

Estado, não o Estado num sentido abstrato ou formal-mecanicístico, mas como totalidade da organização da vida do povo.³⁷

Quanto à política penal socialista, LOPES defende que suas construções não foram menos infelizes na disciplina do Direito Penal, introduzindo-se conceitos de “consciência socialista do direito”, outorgando-se ao intérprete uma faculdade ilimitada para apreciação dos valores embutidos na idéia de “consciência socialista”, mais tarde desenvolvida pelas legislações soviéticas e chinesas nas formas de princípios de legalidade socialista.³⁸

Somando-se o entendimento de LOPES, no sentido de que o princípio da insignificância traçaria suas origens ao princípio da legalidade e a natureza fragmentária do direito penal, ao escólio de DALBORA, defendendo que a máxima *minima non curat praetor* foi cunhada pelos juristas do Renascimento (propiciada pelas condições culturais e ideológicas que a eles se apresentavam), fica claro que suas bases não foram lançadas no direito romano.

Traçado sintético panorama da origem e desenvolvimento do princípio da insignificância, há que se extrair a posição jurídica acerca do seu conceito.

LOPES defende que o conceito de delito insignificante não está na dogmática jurídica, sendo que nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o acata formalmente, apenas inferido na proporção em que se aceitam limites para a interpretação constitucional e das leis em geral. Por ter origem na doutrina e jurisprudência, justifica-se como fonte autêntica do direito, mas em face da tônica conservadora, sua recepcionalidade no mundo jurídico fica afetada.³⁹

Carlos Vicos Manãs, um dos pioneiros do estudo do princípio da insignificância na doutrina nacional, assim conceitua:

O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como 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 relevantes os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.⁴⁰

³⁷ LOPES, M. A., 2000, p. 47-48.

³⁸ LOPES, M. A., 2000, p. 48.

³⁹ LOPES, M. A., 2000, p. 48-49

⁴⁰ MAÑAS, Carlos Vicos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 81.

Alberto Silva Franco vincula o princípio da insignificância à antijuridicidade material, fazendo-o através de oito considerações, quando do julgamento de processo relativo a furto mínimo.⁴¹

A primeira, de ordem constitucional, é a de que se vive num Estado de Direito, e conforme Rudolphi, implica mais que um Estado de legalidade, tendo em vista seu verdadeiro fim, justiça material. A importância das garantias formais contidas no conceito de Estado de Direito não permite olvidar o segundo elemento fundamental do Estado de Direito: vínculo jurídico do poder estatal com a idéia de justiça material. Em apertada síntese, o Estado de Direito corporifica em si a proteção da liberdade pessoal e política dos cidadãos e a moderação e juridicidade de todo o exercício do Poder Público.

A segunda é a de que existe correlação entre o direito à liberdade moral extraído do texto constitucional e da concepção do Estado de Direito e a noção de crime como fato necessariamente lesivo. O princípio *cogitationes poenam nemo patitur* (ninguém será punido por seus pensamentos) é expressão desse direito de liberdade moral e, por via de consequência, infringência ao espírito da Constituição Federal.

A terceira, de ordem dogmática, é a de que os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal não são objetos estáticos, mas sim unidades funcionais de caráter social, sem os quais a sociedade não seria capaz de existir. Só há bens jurídicos na medida em que eles atuem na vida social e sua atuação nela contida.

A quarta é a de que o patrimônio, como bem jurídico tutelado, não é soma aritmética de todos os bens de valor monetário de uma pessoa, ou seja, não se trata de um determinado estado, mas sim de uma concreta unidade funcional, a unidade da função de assegurar ao titular, como fundamento da vida econômica da pessoa, um âmbito de efetividade econômica e existência.

A quinta é a de que a lesão patrimonial deve conceber-se na sua concreta repercussão no âmbito da vida de uma pessoa e não como uma diminuição abstrata de seu potencial econômico.

A sexta é a de que a lesão patrimonial relevante deve possuir um peso. Aldo Moro observara que o crime não tem apenas um modo de ser objetivo que o caracteriza, mas, também, por assim dizer, um peso, de sorte que há um limite de

⁴¹ JUTACRIM, LEX, 69/441-442.

suficiência, por qualidade e quantidade de empresa criminosa. Aquém desse limite qualitativo-quantitativo não há racional consistência de crime, nem justificação da pena. Daí derivar para o intérprete o entendimento de que deve negar relevância penal aos fatos que, por sua escassa lesividade, se achem abaixo daquele limite.

A sétima é a de que a criminalidade de bagatela se situa no campo das lesões inofensivas, de pouca ou mínima significação, e sua relevância para a Justiça criminal consiste não apenas na carga excessiva provocada pelas miudezas que impedem a persecução de crimes verdadeiramente graves, mas também numa atitude cada vez mais lassa da população sobre o âmbito do punível, produzida inevitavelmente pelo emprego indiscriminado do Direito Penal.

A oitava é a de que, em relação a delitos não patrimoniais, a jurisprudência tem reconhecido a necessidade de lesividade do ilícito penal.

Luiz Flávio Gomes⁴² pondera que um dos pontos de partida da teoria do controle social e da política criminal modernas consiste em tratar de modo diferenciado a criminalidade pequena ou média da criminalidade de alta lesividade social. Continua, asseverando que no direito brasileiro não está bem definido o conceito de pequena ou média criminalidade, também denominada de criminalidade de bagatela, oferecendo como parâmetro as infrações de menor potencial ofensivo, como previsto no art. 98, I, da Constituição Federal.

Sugere como meio de determinação que os delitos de bagatela poderiam ser infrações que, individualmente consideradas, produzem lesão ou perigo de escassa repercursão social, pelo que não se justifica reação jurídica grave. As contravenções penais e o delitos punidos com detenção, sem dúvida, ingressariam neste conceito, bem como alguns ilícitos não muito graves punidos com reclusão, exemplificadamente crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça contra a pessoa.

Não há dúvida de que o princípio da insignificância, no ensinamento de LOPES⁴³, está vinculado à antijuridicidade material; todavia, isso não seria o suficiente para defini-lo, mas somente para caracterizá-lo. Aponta como elemento definidor importante o binômio quantidade-qualidade para racional consistência do crime e

⁴² GOMES, Luiz Flávio. Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, número especial de lançamento, 1992. p. 91.

⁴³ LOPES, M. A., 2000, p. 52-53.

justificação da pena, sem, no entanto, vincular a ação constituidora ao fato típico, evitando-se, dessa forma, uma avaliação preponderantemente subjetiva do delito.

Isso porque, em sede de conferimento do valor e das vantagens do preceito, partindo do resultado obtido na ação delituosa, mais prudente seria igualar a responsabilidade decorrente de ações voluntárias indicadoras de ofensa singela no plano psicológico do agente criminoso e aquela advinda do resultado materialmente obtido, independentemente da vinculação moral que o determinou.

Colacionados pensamentos dos doutrinadores pátrios acerca da conceituação do princípio da insignificância, imperioso enveradar nos seus preceitos conformadores para buscar parâmetros eficientes de aplicação.

1.3 Fundamentos do princípio da insignificância

1.3.1 O princípio da igualdade

O princípio da insignificância, como ensina LOPES⁴⁴, ajusta-se à equidade e correta interpretação do Direito; aquela abarca o sentimento de justiça inspirado nos valores vigentes em uma sociedade, liberando-se o agente cuja ação, por sua inexpressividade, não atenta contra os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, ao passo que esta exige hermenêutica mais condizente do Direito, que não pode se ater a critérios inflexíveis de interpretação, para não se desvirtuar o sentido da própria norma e conduzir a graves injustiças.

A conexão entre a equidade e o princípio da insignificância, continua o autor, é uma das bases de sustentação da bagatela como força excludente do crime. Para ilustrar essa conexão, lança o seguinte raciocínio:

A lei colhe abstratamente as situações hipotéticas reputadas mais graves no plano geral da ilicitude dentro do Estado e a elas comina, também abstratamente, a mais grave sanção de que dispõe o Estado dentro de seu arsenal repressor da ilicitude – a pena criminal; única que recai sobre direitos reputados de maior transcendência nos Estados Democráticos de Direito: a liberdade e, excepcionalmente, a vida (nos Estados que ainda admitem a pena de morte).

⁴⁴ LOPES, M. A., 2000, p. 55.

Depois desse processo abstrato de seleção de condutas e cominação das penas surge o momento de efetivação do sistema diante da prática de um crime. A conduta, sobre a qual recaía a hipotética sanção, foi materialmente praticada e a pena deve perder sua abstração e incidir concretamente sobre aquela situação de fato para impor o juízo de censura estatal representante da vontade social.⁴⁵

Nesse momento, pode surgir ao aplicador da lei o dilema de que a sanção penal, mesmo aplicada no menor grau, torne-se no caso concreto mais grave que o grau de reprovabilidade da conduta. O que fará? Aplicará friamente a lei ou excluirá a incidência das soluções oferecidas pelo Direito Penal, afastando o caráter criminoso da conduta?⁴⁶

Surge, nesse caso, o risco de tratamento desigual do indivíduo pelo Poder Judiciário, caso fosse a aplicação da pena objeto de raciocínios e procedimentos discricionários do julgador. Sendo a exclusão da responsabilidade criminal mais favorável ao administrado, exsurge a necessidade de criar mecanismos de incidência às condutas análogas no fato ou no espírito.⁴⁷

Ponderando que o fechamento da possibilidade de exclusão daquela condutas dos limites do Direito Penal atentaria contra os princípios democráticos que regem o Direito Penal, nada mais natural que se aceite o princípio da insignificância e que se busque trazê-lo para o sistema positivo como mecanismo receptor e divulgador do princípio da igualdade dentro do Direito Penal.⁴⁸

Ivan Luiz da Silva arremata com precisão que o princípio da igualdade deve se inserir na insignificância para lhe conferir uma dimensão material:

Para evitar que a igualdade perante a lei leve a injustiças em razão das desigualdades materiais, o intérprete penal deve adicionar ao Princípio da Igualdade um conteúdo material para sua concreta efetivação. Assim, deve levar em consideração o desigual grau de ofensividade das condutas típicas praticadas, realizando, portanto, um juízo crítico sobre a utilidade e justiça de apenar-se determinada conduta insignificante, sob pena de provocar um mal maior que o próprio delito praticado.

A aplicação do princípio da insignificância a condutas penalmente irrelevantes fundamenta-se no Princípio da igualdade, que realizado materialmente evita que o agente seja apenado mais do que exige o grau de reprovabilidade da conduta típica.

⁴⁵ LOPES, M. A., 2000, p. 55-56.

⁴⁶ Idem, ibidem, p. 56.

⁴⁷ Idem, ibidem, p. 56.

⁴⁸ Idem, ibidem, p. 56-57.

1.3.2 O princípio da liberdade

No direito penal, a concepção de liberdade se conecta à idéia de liberdade física (locomoção) do indivíduo, e não ao conceito de liberdade de ação em geral, que mais condiz com o princípio da legalidade geral⁴⁹ emoldurado no art. 5º, II, da Carta Política.

Para a salvaguarda do princípio constitucional de liberdade, nos dizeres de LOPES⁵⁰, matriz do modelo construtivo de sociedade, há que se preservar os momentos de cometimento de ilícitos. Funciona, portanto, o princípio da insignificância como intervenção da pena criminal aos momentos máximos de gravidade no instrumento representativo do direito de liberdade, conferindo um determinado padrão de atuação ética ao Direito Penal e valorizando o princípio da dignidade da pessoa humana em sua expressão libertária.

A Constituição, continua o festejado autor⁵¹, aponta ao menos em dois momentos os princípios modelares de construção da sociedade brasileira: no preâmbulo, expõe que o Estado Democrático brasileiro é “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, **a liberdade**, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”; já no art. 3º, I, estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma **sociedade livre**, justa e solidária”.

Essas disposições repercutem de várias maneiras no campo do Direito Penal, particularmente evidenciando, no preceito em comento, que a sociedade brasileira deve ser fundamentalmente livre. Não se confunde com impunidade, por evidente, mas revela uma tendência a adotar políticas criminais que atenuem a privação de liberdade por métodos alternativos e/ou substitutivos.⁵²

SILVA conclui com maestria que a “aplicação do princípio da insignificância evita que agente de condutas penalmente insignificantes tenha a sua liberda-

⁴⁹ Art. 5º. (...) II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁵⁰ LOPES, M. A., 2000, p. 59.

⁵¹ Idem, ibidem, p. 59.

⁵² Idem, ibidem, p. 60.

de indevidamente atingida, concretizando, assim, o valor liberdade individual, albergado pelo princípio da liberdade em nosso ordenamento jurídico”.⁵³

1.3.3 Princípio da razoabilidade

A interpretação com base em critérios absolutos não tem espaço no Direito, visto se tratar de ciência de natureza social que lida com valores humanos e, portanto, não se concilia com inflexibilidade e com o império de lógica pura; a lógica do razoável, todavia, opera de forma otimizada na ciência do direito, porque comporta operações de valorização e adaptação à realidade concreta.⁵⁴

A noção de razoabilidade adquire contorno próprio e específico no Direito, sendo erigida à categoria de princípio geral informativo do sistema jurídico positivo. LOPES defende que tal procedimento não gera uma “ruptura intra-sistêmica ao Direito, porquanto o princípio (talvez mais acertadamente, o ‘principado’) da razoabilidade é que dá consistência à possibilidade material de realização da justiça na aplicação concreta da lei, sobretudo da lei penal”.⁵⁵

Assim é que o princípio opera uma redução da normatividade positiva do Direito através de uma fixação criteriosa de métodos reconhecedores e desconhecedores da relevância ético-jurídica de fatos praticados, através de interpretação atual e ontológica da própria norma, individualmente considerada, e do Direito, como sistema.⁵⁶

Diomar Ackel Filho salienta que, no caso da insignificância, “a interpretação com base em critérios de razoabilidade, desconsidera um determinado fato como obra criminosa, valorando-o como insignificante e, portanto, destituído de reprovabilidade, de modo a obstar que possa subsumir num *standart* de tipicidade penal”⁵⁷, podendo inclusive o fato melhor se amoldar à ilícitos civis e/ou administrativos.

⁵³ SILVA, I. L., 2006, p. 124.

⁵⁴ LOPES, M. A., 2000, p. 61-62.

⁵⁵ Idem, ibdem, p. 62.

⁵⁶ Idem, ibdem, p. 62.

⁵⁷ ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. **Julgados do Tribunal de**

1.3.4 Princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade

LOPES, em magistral lição, bem sintetiza o conceito de fragmentariedade do direito penal:⁵⁸

O Direito Penal não foi construído com objetos jurídicos de tutela que lhe fossem próprios ou exclusivos. Ao contrário, a sua formulação sempre esteve condicionada por um processo (ou por uma técnica) de eleição de bens jurídicos estranhos aos seus limites, captando-os e reconhecendo-os num sentido de importância informado por outros ramos do Direito. A essa inexistência de objeto próprio e à consequência final desse processo de construção do sistema criminal sob uma escala de valores que não lhe é ontologicamente conhecida, mas imposta pelas circunstâncias de história, ética e padrão cultural de cada povo, dá-se o nome – ou erige-se a categoria – fragmentariedade do Direito Penal.

A seleção de bens jurídicos a serem defendidos penalmente depende da vulneração ser considerada socialmente intolerável, ou seja, as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização. Luiz Régis Prado conclui com precisão que “esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”.⁵⁹

O processo de tipificação, todavia, mostra-se defeituoso, na medida em que não consegue reduzir todos os atos humanos em um preceito primário estanque, razão pela qual o legislador tipifica de maneira abstrata, abarcando condutas que, por vezes, deveriam ficar excluídas do âmbito criminal.

Nesse ponto é que se inicia a atividade do princípio da insignificância, quando evita, por emprego de interpretação restritiva dos tipos penais, que atos insignificantes sejam alvo da mais severa pena à disposição do arsenal estatal, qual seja, a privação de liberdade.⁶⁰

A subsidiariedade, por sua vez, decorre da fragmentariedade, significando que a tutela penal só deve ter lugar quando as demais medidas coercitivas

Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Lex, n. 94. p. 72-77, abr./jun./ 1988. p. 74.

⁵⁸ LOPES, M. A., 2000, p. 65.

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** vol. 1. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 139.

⁶⁰ LOPES, M. A., 2000, p. 66.

cíveis e administrativas não surtirem efeito na missão de proteger o bem jurídico atacado.

Claus Roxin (1998 *apud* SILVA, 2006, p. 127) apresenta lapidar lição acerca do caráter subsidiário do Direito Penal:

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

PRADO assevera que a subsidiariedade aparece como “orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado de Direito Democrático”⁶¹, e mais adiante acrescenta que “o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa”.⁶²

1.3.5 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, conforme ensina SILVA⁶³, em sentido amplo denominado de princípio da proibição de excesso, tem como missão proibir intervenções desnecessárias e excessivas. Dessa forma, não se justifica que uma lei constrictiva incida sobre os direitos fundamentais individuais de forma desproporcional ao grau de agressão e importância do bem jurídico afetado.

No direito penal, prossegue o autor, o princípio da proporcionalidade se apresenta sobre dois espectros, o primeiro na adequação típica das condutas às descrições das normas, e o segundo na atenuação dos rigores sancionatórios abstratos.⁶⁴

Em sede de teoria da insignificância em matéria penal, o princípio da proporcionalidade serve de fundamento ao da insignificância, na medida em que es-

⁶¹ PRADO, L. R., 2006, p. 138.

⁶² Idem, ibidem, p. 139.

⁶³ SILVA, I. L., 2006, p. 128.

⁶⁴ Idem, ibidem, p. 129.

te o realiza concretamente quando incide sobre as condutas penalmente insignificantes para excluí-las do âmbito do Direito Penal em razão de haver desproporcionalidade entre o fato praticado e a resposta penal a essa prática.⁶⁵

Abel Cornejo (1997 *apud* SILVA, 2006, p. 130) ensina que o princípio da insignificância é útil para assegurar a efetiva realização da justiça:

Em qualquer aspecto da vida jurídica que indaguemos encontraremos sempre estabelecida uma proporcionalidade sem a qual não existiria o direito. Partindo dessa premissa, a proporcionalidade que deve existir entre um fato e a pena que se lhe imponha enquanto consequência jurídica do delito, o princípio da insignificância será sumamente útil para proteger da sanção fatos nímios⁶⁶, e assegurar a efetiva realização da justiça. O direito é sempre alteridade e sempre é uma certa proporcionalidade e certa igualdade, e por isso é, ontologicamente, uma certa justiça.

Sob esse aspecto é que o princípio da insignificância concretiza a proporcionalidade existente entre o fato delituoso e a reação estatal, objetivando, assim, realizar o valor justiça em seu sentido material.

⁶⁵ SILVA, I. L., 2006, p. 129.

⁶⁶ Parece-me que o mais correto seria empregar insignificante, tendo em vista que a acepção do verbete nímio no dicionário Aurélio se apresenta da seguinte forma: "Nímio: do lat. *Nimiu*. Adjetivo. 1.Excessivo, demasiado, sobejo: Comoveu-se com a nímia gentileza de que foi alvo; 'Às vezes vinha o arrufo temperar o nímio adocicado da situação.' (Machado de Assis, Memórias Póstumas de Brás Cubas, p. 198)".

CAPÍTULO II

MEIOS DE PENETRAÇÃO E CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

2.1 Tipicidade

O estudo da tipicidade se afigura importante para incidência do princípio da insignificância no direito penal militar, haja vista que, conforme se discorrerá, uma das principais formas de atuar do preceito é através da exclusão da tipicidade material.

A expressão “tipo”, no ensinamento de Carlos Vico Manãs, tem o significado de modelo, esquema, termo de larga utilização em todas as áreas do conhecimento humano, servindo para separar e agrupar em classes objetos particulares que apresentem algo em comum.⁶⁷

O direito penal, prossegue o referido autor, parafraseando Sauer, trabalha com tipos e pensa por meio de tipos. A parte especial do Código Penal e a legislação complementar ou especial apresentam o rol de fatos típicos penais, isto é, os tipos legais de crime. Na parte geral, são encontrados os tipos permissivos, tais como legítima defesa, estado de necessidade, entre outros.⁶⁸

A construção do atual conceito de tipicidade é produto de seu desenvolvimento histórico, que pode ser dividido, na elaboração de Jiménez de Asúa, em três fases distintas: 1) independência; 2) caráter indiciário da antijuridicidade; 3) *ratio essendi* da antijuridicidade.⁶⁹

A primeira fase remonta ao final do século XVII, antes mesmo de Belling, quando a doutrina alemã cunhou a expressão *Tatbestand*, composta por *tat* (fato) e *bestehen* (consistir), ou seja, tudo aquilo em que consiste o delito, expressão

⁶⁷ MAÑAS, C. V., 1994, p. 41.

⁶⁸ Idem, ibidem., p. 41.

⁶⁹ PRESTES, Cássio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003. p. 27.

que apareceu pela primeira vez no Código Penal alemão e correspondia ao *corpus delicti* latino.⁷⁰

O conceito possuía alcance amplo, abrangendo todos os elementos objetivos e subjetivos do fato delituoso, englobando todas as características da infração penal como a sua materialidade (*corpus delicti*), a antijuridicidade e a culpabilidade, pelo que se verifica que o *Tatbestand* era o somatório da integralidade das características do crime alcançando inclusive os pressupostos de punibilidade.⁷¹

Ernest von Beling, em 1906, quando da publicação de sua obra *Die Lehre vom Verbrechen*, formulou que a tipicidade era “infensa a qualquer elemento subjetivo ou valorativo no modelo descritivo de conduta, que era puramente objetivo”⁷², o que, em outras palavras, significa tornar a tipicidade independente da antijuridicidade e da culpabilidade.

MAÑAS bem sintetiza o pensamento de Beling:⁷³

Para Beling, o tipo é constituído dos elementos objetivos contidos na enunciação normativa do delito, nele não se incluindo quaisquer dados de natureza valorativa ou que configurem estados anímicos ou situações subjetivas.

Conseqüentemente, apenas integram o tipo aspectos destituídos de conotações axiológicas, por ser ele essencialmente objetivo, limitando-se a descrever tudo aquilo que se insere no próprio delito, sem qualquer referência de ordem valorativa ou análise da postura psíquica do agente.

De qualquer forma, com Beling, o tipo deixa de ser confundido com o próprio fato em que se materializa o delito, passando a ser visto como mera descrição dos dados materiais que caracterizam objetivamente o crime. Não é a realidade do delito, mas o modelo a que se ajusta. Nas palavras do mestre alemão, “o tipo não é valorativo, mas descritivo, pertence à lei, e não à vida real”.

Misabel de Abreu Machado Derzi define o tipo de Beling como descrição legal abstrata, objetivo-externa, independente e neutra da conduta. Abstrata por corresponder a uma representação contida na lei, não sendo um dado posto no mundo real. Objetivo-externa por apartar-se de todos os elementos espirituais, subjetivos e internos (dolo e culpa), que dizem respeito à culpabilidade. Neutra por não apresentar juízo de valor da legalidade e, simultaneamente, não ensejar valoração por parte do juiz.

Beling foi influenciado pelo modelo positivista, o que explica a tentativa de redução do conteúdo descritivo das leis à métodos objetivos de verificação das ciências naturais. Embora amplamente criticado, a esse modelo se atribui o mérito da conceituação de tipo.⁷⁴

⁷⁰ PRESTES, C. V., 2003, p. 27.

⁷¹ Idem, ibidem,, p. 27.

⁷² LOPES, M. A., 2000, p. 110.

⁷³ MAÑAS, C. V., 1994, p. 43-44.

⁷⁴ Idem, ibidem, p. 44.

Passando à segunda fase, verificamos a construção de um modelo de caráter indiciário da antijuridicidade, tendo como representante Max Ernst Mayer, que trouxe sua elaboração doutrinária no livro *Tratado de Direito Penal*, publicado em 1915.

Conservando uma visão tricotômica do delito (fato típico, antijurídico e imputável), propôs dois reparos à teoria de Beling: primeiramente, observou que a função do *Tatbestand* não é apenas descritiva, mas também indicativa de uma relação de contrariedade entre conduta e norma, configurando indício de antijuridicidade (indício que não pertence à essência do *Tatbestand*, pois tanto existem ações antijurídicas adequadas ao tipo, como ações típicas perfeitamente lícitas); em um segundo momento, Mayer verificou que a linguagem descritiva da norma penal também incorpora elementos subjetivos, como por exemplo, vontade dirigida à obtenção de vantagem econômica, bem como normativos (coisa alheia móvel, funcionário público, documento público).⁷⁵

Segundo Balestra, citado por LOPES, Mayer foi o “primeiro a demonstrar a inexistência de uma tipicidade carente de valor e de uma antijuridicidade puramente objetiva, livre de elementos psíquicos”.⁷⁶

A terceira fase nos trouxe a construção de um modelo em que a tipicidade é a razão de ser da antijuridicidade, tendo como seu principal representante Edmund Mezger.

Mezger define o delito como ação tipicamente antijurídica e culpável, demonstrando não haver independência da tipicidade em relação à antijuridicidade. A tipicidade não é simples descrição, indício ou *ratio cognoscendi*, mas fundamento real e de validade, verdadeira *ratio essendi* no tipo penal.⁷⁷

O juízo de ilicitude, portanto, está inserido no tipo penal, e, diante disso, insustentável o pretense caráter de neutralidade. O tipo, dessa forma, torna-se um juízo de desvalor, presumido e provisório, pois excepcionalmente a antijuridicidade pode ser afastada por uma excludente.⁷⁸

MAÑAS discorre sobre elementos do *Tatbestand* de Mezger:

O *Tatbestand* de Mezger abrange o sujeito (autor ou partícipe) do delito, a ação e suas modalidades e o objeto do crime (entendido como o objeto cor-

⁷⁵ Idem, ibidem, p. 45.

⁷⁶ LOPES, M. A., 2000, p. 110.

⁷⁷ MAÑAS, C. V., 1994, p. 46.

⁷⁸ Idem, ibidem, p. 46.

póreo sobre o qual a ação 'tipicamente' se realiza). É composto de elementos objetivos, subjetivos e normativos. Os primeiros dizem respeito à descrição de estados e acontecimentos apreciados cognitivamente pelo juiz (p. ex., a existência de um cadáver, no homicídio).

Os subjetivos correspondem a descrições de estados e processos anímicos do agente (p. ex., o intuito de obter indevida vantagem econômica).

Os normativos, finalmente, equivalem a apreciações de caráter jurídico-teleológico e somente são determináveis por uma especial valoração da situação de fato. Pressupõem uma avaliação jurídica (coisa alheia móvel, documento, funcionário público etc.) e uma valoração cultural (p. ex., honestidade, desprezo etc.).

Após essas três fases iniciais é que veio à lume a teoria finalista da ação, elaborada por Hans Welzel, que foi uma tentativa de superar os postulados da teoria causalista da ação.

Luiz Flávio Gomes esclarece que “no tempo da teoria causalista (TC) (final do século XIX e começo do século XX) o fato típico era focado só formal e objetivamente e era composto de: conduta voluntária (neutra: sem dolo ou culpa), resultado naturalístico (nos crimes materiais), nexos de causalidade e adequação à letra da lei”.⁷⁹

LOPES evidencia as balizas norteadoras da teoria finalista da ação:

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. Fim, 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 apresentado ao contrário, nuances objetivas e subjetivas.⁸⁰

Em que pese a contribuição de Welzel na demonstração de incidência de elementos subjetivos no *Tatbestand*, a defesa ferrenha de certos postulados da corrente finalista obstaculizou o desenvolvimento do princípio da insignificância, particularmente no que concerne às questões referentes ao desvalor da ação e do resultado, assim como a projeção de seus efeitos sobre o Direito Penal.⁸¹

Dentro da concepção de Welzel, o desvalor do resultado (foco do princípio da insignificância) possui relevo secundário; o resultado passa a ter, portanto,

⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Requisitos da tipicidade penal consoante a teoria constitucionalista do delito**. Disponível em: <<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=2006013017430020>>. Acesso em: 21 nov 2008.

⁸⁰ LOPES, M. A., 2000, p. 111.

⁸¹ Idem, ibidem, p. 111.

função redutora ou limitante, mais relacionada com as condições objetivas de punibilidade. Os mais radicais, como Zielinski, dizem inclusive que o desvalor do resultado não opera papel algum no ilícito, já que sempre é produto do acaso, e por essa lógica não poderia ser incluído nas prescrições do Direito.⁸²

Atualmente, observa-se que a tipicidade continua a ser predominantemente um juízo formal de subsunção, ou seja, de adequação de um fato à descrição que dele se faz na lei penal. Tal postura, com a devida vênia, não está harmonizada com a tendência atual de redução da esfera de atuação do Direito Penal, dado o seu caráter subsidiário.⁸³

Para que o direito penal militar tenha relevância na prevenção de condutas consideradas criminosas, há que se estabelecer um espectro de tipicidade material aos tipos penais militares, de cunho valorativo e não somente formal.

Odone Sanguiné, citado por LOPES, sintetiza com precisão ímpar o conteúdo de tipicidade material:⁸⁴

(...) a tipicidade não se esgota na concordância lógico-formal (subsunção) do fato no tipo. A ação descrita tipicamente há de ser geralmente ofensiva ou perigosa a um bem jurídico. O legislador toma em consideração modelos de vida que deve castigar. Com essa finalidade, tenta compreender, conceitualmente, da maneira mais precisa, a situação vital típica. Embora visando alcançar um círculo limitado de situações, a tipificação falha ante a impossibilidade de regulação do caso concreto em face da infinita gama de possibilidades do acontecer humano. Por isso, a tipificação ocorre conceitualmente de forma absoluta para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão por que alcança também casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em realidade, deveriam permanecer fora do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo penal pretende, por certo, somente incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves. Para corrigir essa discrepância entre o abstrato e o concreto, e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material do delito, importante utilizar-se o princípio da insignificância. A solução através do recurso à atipicidade quando a lesão ao bem jurídico tenha sido irrelevante é a predominante na Alemanha.

LOPES conclui que o princípio da insignificância “se assimila a um limite tático da norma penal (em termos de suficiência qualitativo-quantitativa), isto é, a perceptibilidade da agressão ao bem é considerada como requisito implícito do crime, em ausência do qual, no caso concreto, a pena não se legitima nem sob o perfil substancial nem sob o perfil teleológico”.⁸⁵

⁸² LOPES, M. A., 2000, p. 112.

⁸³ MAÑAS, C. V., 1994, p. 52.

⁸⁴ LOPES, M. A., 2000, p. 117-118.

⁸⁵ Idem, ibidem, p. 118.

2.2 Critérios de reconhecimento e classificação de condutas penalmente insignificantes

2.2.1 Desvalor da ação e desvalor do resultado

Para que o princípio da insignificância encontre maior respaldo junto à doutrina e jurisprudência nacionais, necessário estipular um critério objetivo de reconhecimento da conduta penalmente insignificante, visando afastar o empirismo da conceituação caso-a-caso.

A doutrina vem apresentando alguns modelos de critérios de determinação, merecendo destaque os modelos propostos por Carlos Enrico Paliero e por Lycurgo de Castro Santos.

Paliero apresenta dois modelos de determinação, o primeiro constituído sobre a avaliação dos índices desvalor da ação, devalor do resultado e culpabilidade, e o segundo baseado na “antecipada comensuração da pena”:

O enquadramento sistemático do crime bagatelar – ou, se assim se deseja, da **Geringfügigkeit** vista como essência jurídica da categoria – deve ser portanto realizado segundo modelos dogmáticos consolidados. Neste tema pode-se acenar apenas aos dois esquemas interpretativos atualmente preferidos pela doutrina, que exaurem, verdadeiramente, as possibilidades de uma adequada tipificação dos **Bagatelldelikte**.

Por um lado o modelo – que se pode definir “clássico” nesse campo – constituído por apenas três índices “desvalor da ação”, “desvalor do evento” e “culpabilidade”, e direcionado à averiguação da global exequibilidade do fato usando as possibilidades de graduação do ilícito penal. Por outro lado o esquema dogmático – atualmente prevalente na doutrina de língua alemã – que utiliza, ao contrário, todos os critérios de uma “antecipada comensuração da pena” (**Strfwürdigkeit**) do próprio fato. Segundo tal impostação apenas no caso em que todos os indícios de comensuração da pena se mantenham abaixo de um limite mínimo se deveria reconhecer que a conduta não merece ser punida com sanção criminal.⁸⁶

Lycurgo Santos sistematiza seu modelo numa perspectiva *ex ante* e *ex post* do comportament típico realizado. Nesse sentido ensina que

⁸⁶ SILVA, I. L., 2006, p. 149.

(...) nos chamados crimes de bagatela o comportamento do agente deve ser visto sob uma perspectiva *ex ante*, como pouco relevante para provocar um dano ao bem jurídico protegido pelo Direito Penal; e *ex post* como definitivamente impróprio para produzir o mencionado dano.⁸⁷

E continua, argumentando que a avaliação *ex post* serve para corrigir o juízo de desvalor da ação, que algumas vezes indica ser a ação irrelevante, porém, com resultado muito grave. Esclarece que

Corrige-se, (...) a apreciação preliminar do desvalor da ação – que era insignificante para o Direito penal – a partir do desvalor do resultado, tornando-se aquele, afinal, relevante. Com isso, não se está elevando o resultado a elemento de proibição, senão que, além de condicionar a punibilidade, funciona como corretor do juízo de desvalor da ação, que muitas vezes poderá ser elaborado apenas depois do resultado ocorrido. Vale dizer, apenas poderemos afirmar a tipicidade de uma conduta, tendo-se em vista a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico protegido, se analisarmos o comportamento do agente sob uma perspectiva *ex ante* e *ex post*.⁸⁸

Como visto, este critério se aproxima daquele proposto por Paliero, pois ambos se fundam na avaliação dos índices de desvalor da ação e do resultado da conduta realizada para aferir sua relevância ao Direito Penal.

SILVA se posiciona quanto aos critérios de reconhecimento de condutas insignificantes, dizendo que se deve empregar o modelo clássico de determinação, realizando-se uma avaliação dos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta realizada, para se aferir o grau quantitativo-qualitativo de sua lesividade em relação ao bem jurídico atacado. Com efeito, é a avaliação concreta dos elementos da conduta realizada que indicará a sua significância – ou insignificância – para o Direito Penal.⁸⁹

SILVA prossegue dizendo que, em razão da culpabilidade não ser elemento do crime, mas apenas pressuposto da pena, entende que não deve integrar o critério de determinação da conduta penalmente insignificante, porquanto o princípio da insignificância incide sobre os elementos que compõem a estrutura interna do delito (tipicidade e antijuridicidade). De outro modo, o desvalor da ação e o do resultado integram a estrutura do delito, pois o legislador, objetivando evitar a realização de ações que produzam uma lesão ou situação de perigo ao bem jurídico tutelado, atribui uma valorização negativa à conduta proibida descrita no tipo penal. Essa va-

⁸⁷ Idem, ibidem, p. 149.

⁸⁸ Idem, ibidem, p. 150.

⁸⁹ Idem, ibidem, p. 151.

lorização negativa é representada pelo desvalor da ação e do resultado, que consistem em ser a descrição das partes que caracterizam a própria conduta delitiva.⁹⁰

O índice desvalor da ação refere-se ao grau de probabilidade da conduta para realizar o evento na concreta modalidade lesiva assumida pelo agente. O índice desvalor do resultado é inferido da importância do bem jurídico atacado e da gravidade do dano provocado. A insignificância decorrente desses índices qualifica o fato como irrelevante para o Direito Penal.⁹¹

Luiz Flávio Gomes bem exemplifica as referidas situações:

Duas são as hipóteses de insignificância no Direito penal: (a) insignificância da conduta; (b) insignificância do resultado.

No delito de arremesso de projétil (CP, art. 264: "Arremessar projétil contra veículo, em movimento, destinado ao transporte público por terra, por água ou pelo ar: pena - detenção de 1 a 6 meses"), quem arremessa contra um ônibus em movimento uma bolinha de papel pratica uma conduta absolutamente insignificante; no delito de inundação (CP, art. 254: "Causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: pena - reclusão de 3 a 6 anos, no caso de dolo, ou detenção de 6 meses a 2 anos, no caso de culpa"), quem joga um copo d'água numa represa de 10 milhões de litros de água pratica uma conduta absolutamente insignificante.

Nessas hipóteses, o risco criado (absolutamente insignificante) não pode ser imputado à conduta (teoria da imputação objetiva em conjugação com o princípio da insignificância). Estamos diante de fatos atípicos.

No delito de furto (CP, art. 155), quem subtrai uma cebola e uma cabeça de alho, que totaliza R\$ 4,00, pratica uma conduta relevante (há desvalor da ação) mas o resultado jurídico (a lesão) é absolutamente insignificante (não há desvalor do resultado). Também nessa hipótese o fato é atípico. Não há incidência do Direito penal.⁹²

Como visto, para que uma ação seja considerada crime, imperioso que afete em grau relevante os índices de desvalor da ação e do resultado exigidos pelo tipo penal.

A conduta formalmente típica considerada irrelevante para o Direito Penal, portanto, será inferida através do critério de insignificância concreta, o qual exige que a avaliação dos índices de desvalor da ação e o desvalor do resultado da conduta realizada demonstrem seu insignificante grau de lesividade em relação ao bem jurídico penal ofendido.

⁹⁰ Idem, ibidem, p. 151.

⁹¹ Idem, ibidem, p. 152.

⁹² GOMES, Luiz Flávio. **Delitos de bagatela, princípio da insignificância e princípio da irrelevância penal do fato.** Disponível em <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008145549539p>. Acesso em: 21 nov 2008.

Sobre a aplicação do princípio da insignificância com base no desvalor da ação e no desvalor do resultado, extraímos alguns julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal 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.

2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico.

3. A tentativa de subtrair 1 caixa de ferramenta, no valor total de R\$ 10,00, embora se amolde à definição jurídica do crime de furto tentado, não ultrapassa o exame 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.

4. Ordem concedida para determinar a extinção da ação penal 2006.014.010371-6 instaurada contra o paciente, invalidando, em consequência, a condenação penal contra ele imposta, bem como a prisão cautelar.⁹³

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. APLICA-

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 80.009/RJ. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ, 17 nov. 2008.

BILIDADE, AOS DELITOS MILITARES, INCLUSIVE AO CRIME DE POSSE DE QUANTIDADE ÍNFIMA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, PARA USO PRÓPRIO, MESMO NO INTERIOR DE ORGANIZAÇÃO MILITAR (CPM, ART. 290), DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a aplicabilidade, aos crimes militares, do princípio da insignificância, mesmo que se trate do crime de posse de substância entorpecente, em quantidade ínfima, para uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar. Precedentes.⁹⁴

Na concorrência dos índices de desvalor da ação e do resultado (evento), a predominância é atribuída ao resultado, como bem aponta Odone Sanguiné, ao asseverar que “(...) a supremacia entre os componentes do modelo [clássico] cabe ao desvalor do evento”. Nesse caso o desvalor do resultado atua como corretor do juízo de desvalor da ação e do evento, que às vezes indica um ato insignificante mas com resultado grave. Essa circunstância atua como corretor do juízo de desvalor da ação, que às vezes indica um ato insignificante mas com resultado grave.⁹⁵

Observada a insignificância penal de determinada conduta típica,, importante a avaliação do seu efetivo grau.

Diomar Ackel Filho propõe a diferenciação através da insignificância absoluta (ou propriamente dita) e insignificância relativa:

A primeira é a que exclui a tipicidade. O fato, por deveras ínfimo, não chega a expressar valoração de tutela penal, através da subsunção em um tipo. Não há reprovabilidade. A segunda espécie pertine a outros casos de atuações mínimas, de minguada importância que, embora formalmente típicas, tem sua antijuridicidade esvaziada, ensejando a sua contemplação pela norma penal.

WESSEL destaca a insignificância relativa ao cogitar “do fato que, embora em si não seja um delito de bagatela, é irrelevante quando comparado a outro perseguido pelo autor”, ressaltando que “isso pode acontecer quando a propositura da ação penal possa trazer até maiores prejuízos ou desvantagens à República do que o arquivamento do processo”. Certamente que um ligeiro entrevero entre marido e mulher, com agressão mútua, em que já tenha ocorrido plena reconciliação se insere no capítulo da insignificância. Nessa hipótese, e em outras análogas, como há tipicidade, pode-se invocar a analogia *in bonam partem* para integrar a norma penal, com mais uma coisa de exclusão da antijuridicidade, decretando-se a absolvição.⁹⁶

SILVA complementa que a classificação da insignificância será determinada segundo o grau de lesividade (ou de sua ausência) da conduta típica realizada. Será de modalidade insignificância absoluta se sua gravidade for nula, que

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 94.809/RS. Alex Silva de Campos e Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 12 set. 2008.

⁹⁵ SILVA, I. L., 2006, p. 154.

⁹⁶ ACKEL FILHO, D., 1988, p. 76.

terá como efeito excluir a tipicidade da ação; por outro lado, se a ação detiver uma gravidade de pequena monta, será da modalidade insignificância relativa, que, não obstante típica, tem sua antijuridicidade esvaziada, permitindo assim sua exclusão do âmbito penal.⁹⁷

SILVA alerta que o magistério de Diomar Ackel Filho padece de uma omissão no que tange o critério objetivo de classificação das modalidades de insignificância, abrindo espaço, assim, ao empirismo e subjetivismo na classificação da ação penalmente insignificante.⁹⁸

Mais à frente, o autor propõe o seguinte critério objetivo para classificação da insignificância:

(...) observar qual índice – desvalor da ação e o do resultado – tem insignificância mais intensa no caso concreto em relação ao bem jurídico atacado, isto é, qual o índice tem a insignificância preponderante no caso concreto.

Se a insignificância do desvalor da ação for mais intensa, então, a conduta realizada será classificada como insignificância absoluta, excluindo, por consequência, a tipicidade do fato. Por outro lado, se o desvalor do resultado tiver insignificância maior o comportamento será aclassificado como de insignificância relativa, não obstante seja considerada ação típica, sua antijuridicidade apresenta-se desprovida de significado jurídico-penal, permitindo, assim, sua exclusão no âmbito do Direito Penal.

Esse critério baseia-se na circunstância de que o desvalor da ação informa o juízo de tipicidade, enquanto o desvalor do resultado refere-se ao juízo de antijuridicidade. Nesse sentido preleciona Bustos Ramirez: “*A atividade e ofensa real, desvalor do ato e desvalor do resultado são indispensáveis para configurar o injusto; o desvalor do ato dá conteúdo à tipicidade, o desvalor do resultado dá conteúdo à antijuridicidade*”.⁹⁹

Assim, a insignificância será absoluta em razão de o desvalor da ação ser tão ínfimo que sequer se pode considerar que houve concreção do tipo penal que o agente pretendia realizar. Portanto, há exclusão da tipicidade penal por estar a insignificância do desvalor da ação indicando que a conduta é absolutamente insignificante. Em contrapartida, se a conduta mostra uma gravidade de pequena monta, mas o desvalor do evento demonstra que não há resultado juridicamente relevante para o Direito Penal, então, a insignificância é considerada relativa, devendo a conduta ser excluída do âmbito penal em razão de sua escassa antijuridicidade.¹⁰⁰

Entendemos, portanto, que os critérios de avaliação do desvalor da ação e desvalor do resultado são os que conferem maior objetividade na verificação

⁹⁷ SILVA, I. L., 2006, p. 155.

⁹⁸ Idem, ibidem, p. 155.

⁹⁹ Idem, ibidem, p. 156.

¹⁰⁰ Idem, ibidem, p. 157.

da insignificância penal de determinada conduta tipificada, que por sua precisão afastam a idéia de decisões que se balizam por critérios meramente empíricos.

2.2.2 Natureza jurídico-penal

Quanto à localização do princípio da insignificância na teoria geral do delito, existem três correntes distintas: a) excludente de tipicidade; b) excludente de antijuridicidade; c) excludente de culpabilidade.

A primeira é a corrente majoritária na doutrina brasileira, representada pelos pioneiros do assunto, como Diomar Ackel Filho, Carlos Vicos Mañas, Odone Sanguiné, dentre outros.

Para essa corrente, o princípio da insignificância torna materialmente atípicas condutas que tenham uma afetação insignificante ao bem jurídico tutelado por determinada norma, em que pese haja subsunção formal da conduta ao tipo legal.

Carlos Vicos Mañas confeccionou assertiva que captura a essência de tal vertente:

Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade.¹⁰¹

Lycurgo Santos, citado por SILVA, também defende essa corrente, sustentando que o princípio da insignificância insere-se exatamente no juízo de tipicidade penal, pois aduz que verificar a relevância da conduta típica realizada é o primeiro juízo normativo que o intérprete deve exercer para então continuar a avaliação de tipicidade. E conclui:

A importância desse juízo é inequívoca. Verificando que o bem jurídico não foi atingido de forma relevante, levando-se em consideração o comportamento do agente e, eventualmente, o resultado naturalístico produzido, de-

¹⁰¹ MAÑAS, C. V., 1994, p. 53.

verá o magistrado afastar a tipicidade penal, malgrado haver o agente executado os elementos integrantes do tipo penal.¹⁰²

A jurisprudência do Superior Tribunal Militar também adota o entendimento desta corrente:

Recurso Criminal. Furto de energia elétrica. Rejeição da denúncia. Princípio da Insignificância. Ao proferir despacho deliberatório na exordial acusatória, não fica o juiz adstrito ao seu aspecto formalístico. Reconhecida a inexpressividade da lesão do bem jurídico, fica autorizada a aplicação do Princípio da Insignificância, **causa supralegal de exclusão da tipicidade**, por ausência de uma das condições da ação penal - a possibilidade jurídica do pedido. Recurso ministerial improvido. Decisão unânime.¹⁰³

Há ainda uma segunda posição, não tão debatida, que considera o princípio da insignificância como excludente de antijuridicidade.

Dentre eles, SILVA elenca os doutrinadores que se posicionam favoráveis a tal corrente, expondo suas concepções:

Em torno desse entendimento, Alberto Silva Franco vincula o Princípio da Insignificância à antijuridicidade material, argumentando que vivemos num Estado de Direito, ao qual deve ser atribuído sentido material, que *“corporifica em si a proteção da liberdade pessoal e política dos cidadãos e a moderação e juridicidade de todo o exercício do Poder Público”*. Aduz, ainda, que a lesão ao bem jurídico tutelado deve ser relevante para provocar a perseguição.

No mesmo sentido, Carlos Frederico Pereira ensina: *“A insignificância no tipo indiciário se manifesta, como visto de regra na antijuridicidade material, pois é esta que contém o bem jurídico e exige a sua lesão e acima de tudo, que seja insignificante, sem o que não se poderá conceber a existência de crime”*.

Juarez Tavares, em nota de rodapé à tradução do livro **Direito Penal**, de Johannes Wessels, ensina que o princípio da insignificância se baseia no *“critério de antijuridicidade material onde a forma cede lugar ao verdadeiro conteúdo e sentido da norma (...)”*.

Na doutrina chilena, Guzmán Dalbora, indagando sobre quando a lesão a um determinado bem jurídico pode ser considerada insignificante, chega à conclusão de que a resposta só se encontrará na teoria da antijuridicidade, a menos que se violente, desnecessariamente, com condicionamentos valorativos.

Zaffaroni também propõe que o Princípio da Insignificância *“pode ser entendido como uma apelação à antijuridicidade material e, em realidade, tem surgido como uma apelação à antijuridicidade material e, em realidade, tem surgido vinculado de certa forma à mesma”*.

Abel Cornejo, ainda na doutrina portenha, ensina que há uma direta relação entre a noção de antijuridicidade e o fato penalmente insignificante, pois, se um fato se reveste de tal caráter, não é materialmente antijurídico, ainda

¹⁰² SILVA, I. L., 2006, p. 158-159.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Recurso Criminal n. 2000.01.006700-6. Relator: Ministro Germano Arnoldi Pedrozo. Cb FN João Carlos Lopes Martins e Ministério Público Militar. DJ, 17 mai. 2000.

que o seja formalmente. Isso porque há consenso doutrinário em considerar que a essência da antijuridicidade material se põe de manifesto na lesão ou exposição ao perigo de bens jurídicos.

Assim, para saber se o fato é antijurídico e merecedor de reprovação penal, Abel Cornejo preleciona que

*Logo que tipificar formalmente uma conduta – porquanto se trata de um dever inafastável – o julgador deve realizar um juízo axiológico, e estimar se o proceder que levou a cabo o autor é antijurídico, e só então poderá examinar se efetivamente se trata de um fato relevante que mereça que se dinamize a jurisdição atrás de seu julgamento; ou em seu caso considere que se trata de um fato irrelevante, cuja gravidade não resulta suficiente para lesionar ou afetar um bem jurídico.*¹⁰⁴

A terceira corrente situa a insignificância no campo da culpabilidade, considerando-o eximente de pena.

Abel Cornejo, citado por SILVA, bem sumariza o ideário desta vertente:

Abel Cornejo observa que este critério de aplicação do Princípio da Insignificância – excludente de culpabilidade – é mais plausível que o anterior – excludente de antijuridicidade – pois erige-se como um limite à ingerência do Estado e uma justificação ética à aplicação da pena, sendo sua aplicação atribuição do juiz, que, no caso concreto, deverá determinar se se encontra diante de uma conduta penalmente insignificante ou, pelo contrário, a ação reveste-se de gravidade suficiente para constituir-se num ilícito penal.

Nesse sentido, cumpre trazeremos a lume o magistério de Abel Cornejo:

A delimitação do âmbito de aplicação da eximente queda, então, em mão do juiz, da mesma maneira que ocorre com qualquer outro instituto de direito penal. Para delimitar o âmbito de aplicação da insignificância, o juiz deverá ponderar o conjunto de circunstâncias que rodeiam a ação, a fim de estabelecer se a finalidade abarca a produção de perigos ou lesões relevantes para o bem jurídico ou só afetações ínfimas.

Assim, sustenta, Abel Cornejo, que a falta de proporcionalidade entre o fato penalmente insignificante e o castigo que deveria aplicar-se ao autor torna conveniente eximir de pena o agente, pois nesse caso encontra-se ausente a justificação ética da pena.

Dentre as correntes apresentadas, pensamos que a mais precisa seja aquela que atua na exclusão da tipicidade material, pois o desvalor da ação e o desvalor do resultado será verificado no juízo de tipicidade material.

2.3 Críticas ao princípio da insignificância

2.3.1 Segurança jurídica

¹⁰⁴ SILVA, I. L., 2006, p. 160-161.

Tendo em vista que o princípio da insignificância encontra escassa previsão no ordenamento nacional, reputando-se como pioneiro na sua recepção expressa nos textos legais o Código Penal militar, alguns setores da doutrina, bem como da jurisprudência, opõem-se à sua aplicação, alegando, para tanto, que precipitaria um estado de insegurança jurídica. Contudo, “é manifesta a improcedência de tal objeção, de cunho eminentemente positivista”.¹⁰⁵

Odone Sanguiné, citado por MAÑAS, ensina que “o princípio da insignificância nada mais é do que importante construção dogmática, com base em conclusões de ordem político criminal, que procura solucionar situações de injustiça provenientes da falta de relação entre a conduta reprovada e a pena aplicável”.¹⁰⁶

A construção doutrinária, no parecer de LOPES, busca seus fundamentos em dados não contestáveis na estrutura do Direito Penal, como seu caráter subsidiário e fragmentário; menos que uma construção, pode ser considerado uma decorrência do próprio modelo do Direito Penal, “sem perder de vista também que se funda no princípio da proporcionalidade que deve guair a intervenção penal no Estado Democrático de Direito”.¹⁰⁷

A norma escrita não é capaz de conter integralmente a complexidade do direito, e, em razão disso, no campo penal, a construção teórica de princípios como o da insignificância não fere o princípio da legalidade, até porque são amplamente reconhecidas causas supraleais de exclusão de ilicitude, como, por exemplo, o consentimento do ofendido.

Aliás, de se ressaltar que o princípio da legalidade é restritivo no que diz respeito à incriminações e cominações de penas¹⁰⁸, sendo recepcionada a idéia (com ressalva de alguns setores da doutrina) de que o direito penal admite o emprego de analogia, desde que seja em favor do réu. Conclui-se, portanto, não haver óbice à aplicação analógica de excludentes, isenção e atenuação de pena e extinção da punibilidade.¹⁰⁹

Três são os argumentos para defender a aplicação, por via analógica, de causas excludentes.

¹⁰⁵ MAÑAS, C. V., 1994, p. 66.

¹⁰⁶ Idem, ibidem, p. 67.

¹⁰⁷ LOPES, M. A., 2000, p. 173.

¹⁰⁸ “Art. 5º (...) XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CF/1988). O preceito é repetido no art. 1º do Código Penal Militar.

O primeiro diz respeito ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF/88) interpretado juntamente com o art. 5º, XL, da Carta Política (a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu). Somando-se estes dispositivos, fica clara a admissibilidade de exceção que melhore a situação do acusado; se é possível aplicar lei posterior mais benéfica, não há porque se negar a aplicação de excludente, fundada em preceitos legais, que implique melhoria no tratamento penal.

O segundo consiste na idéia do reconhecimento da garantia de ampla defesa, como bem expõe LOPES:

Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe permitam trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. Uma das condições passíveis de ser exigida pelo acusado é a invocação de razão de direito cuja lei é omissa, *e.g.*, a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente da culpabilidade. Não se olvide, outrossim, que a garantia da ampla defesa descende diretamente do *due process of law* do Direito medieval inglês, berço nobre também do princípio da legalidade.¹¹⁰

O terceiro argumento vem fundamentado na cláusula de reserva, presente no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, para firmar a idéia de que o emprego de analogia em benefício do réu no Direito Penal decorre da adoção de direito não expresso pela carta, mas reconhecível através de seu sistema e princípios adotados.¹¹¹

Os argumentos expendidos, ao nosso sentir, demonstram que não há falar em insegurança jurídica, mormente porque o princípio da insignificância está calcado em preceitos recepcionados expressamente na Constituição, assim como nas modernas diretrizes de política criminal, cuja tônica respalda a fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal.

2.3.2 Imprecisão terminológica

Parte da doutrina entende que o princípio da insignificância padece de uma imprecisão terminológica fatal, visto que não consegue se desvincular de uma

¹⁰⁹ LOPES, M. A., 2000, p. 174.

¹¹⁰ Idem, ibidem,, p. 174-175.

¹¹¹ Idem, ibidem, p. 175.

conotação excessivamente política e ideológica, alvo de embates em outros ramos científicos que não necessariamente jurídicos.¹¹²

A crítica é rechaçável, haja vista que o princípio da insignificância opera como limite tático da norma penal, isto é, a perceptibilidade da agressão ao bem é considerada como requisito implícito do crime, em ausência do qual, no caso concreto, a pena não se legitima nem sob o perfil substancial nem sob o perfil teleológico. A definição de crime e a cominação da pena correspondente contém o traço inaugural do caráter político e ideológico – que opera desde a escolha do bem jurídico, passa pelo processo de definição de condutas que o lesem ou periclitem, alcança o sistema punitivo abstrato e desemboca na execução material da pena. O princípio da insignificância apenas depura o rigor do sistema, operando marginalmente na contenção dos excessos, por isso nominado limite tático.¹¹³

Insta salientar que a doutrina e a jurisprudência têm conseguido elaborar, de acordo com os limites de interpretação permitidos, critérios razoáveis de delimitação de condutas que devam ser consideradas insignificantes sob a ótica de um direito penal fragmentário e subsidiário, fugindo do empirismo e da exacerbação da análise caso por caso.¹¹⁴

Com o intuito de evitar objeções concernentes à indeterminação conceitual do princípio, é preciso que a tarefa de interpretação e valoração da ofensa tenha caráter rigorosamente normativo. Para tanto, pode ser utilizado o critério de nocividade social, que, segundo Roxin, dispõe de conteúdo próprio, sendo suscetível de concreção material, não obstante os problemas a ele pertinentes.¹¹⁵

Ademais, ao parâmetro de nocividade social, para precisar a global insignificância da conduta, devem ser acrescidos os critérios desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido pelo tipo penal. Deve-se considerar, ainda, uma antecipada medição da pena, analisando-se a necessidade de sua imposição, já que poderá não redundar em qualquer benefício para a sociedade ou para o próprio autor do delito.¹¹⁶

¹¹² LOPES, M. A., 2000, p. 177.

¹¹³ Idem, ibdem, p. 177-178.

¹¹⁴ MAÑAS, C. V., 1994, 60.

¹¹⁵ Idem, ibdem, p. 60.

2.3.3 Previsão legislativa residual

Defende-se que sistemas penais que expressamente criminalizam algumas condutas imbuídas de um desvalor de resultado o princípio da insignificância está implicitamente proibido de ser invocado. É o caso da legislação pátria, especialmente o Código Penal militar que prevê figuras privilegiadas ou com causa de diminuição de penas (ex: furto privilegiado – arts. 240, §§ 1º e 2º, CPM). Não podemos esquecer, também, a Lei de Contravenções Penais, que é um vasto repertório de infrações penais consideradas de menor gravidade.¹¹⁷

Trata-se de conclusão equivocada, pois nada impede que, feita a valoração normativa da ofensa, o intérprete reconheça que, de tão ínfima, não se subsume sequer aos tipos privilegiados e contravencionais.¹¹⁸

Os críticos ainda invocam o art. 98, I, da Constituição Federal, para reforçar sua tese, que prevê a criação dos juizados especiais para julgar infrações de menor potencial ofensivo.¹¹⁹

A expressão não foi bem empregada, pois se a infração é de menor potencial ofensivo, certamente não terá natureza penal, tendo em conta a observância aos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade, que limitam a intervenção penal às hipóteses em que a sociedade seja atingida de maneira grave.¹²⁰

A previsão constitucional, contudo, não deixa de representar avanço político-criminal no trato da questão de pequena delinqüência, pois, ao contrário do que possa parecer, ele confirma a validade do princípio da insignificância, visto que não estabelece criminalização dos delitos de bagatela, apenas propondo diretrizes de julgamento dessas ofensas menores.¹²¹

Em que pese não sejam aplicáveis, no âmbito da justiça militar (auditoria militar), os procedimentos da Lei n. 9.099/95 (que dispõe sobre os juizados espe-

¹¹⁶ Idem, ibidem, p. 60.

¹¹⁷ Idem, ibidem, p. 62.

¹¹⁸ Idem, ibidem, p. 62,

¹¹⁹ “Art. 98. (...) § 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”.

¹²⁰ MAÑAS, C. V., 1994, p. 63.

¹²¹ Idem, ibidem, p. 63.

ciais cíveis e criminais)¹²², mais uma vez vale o argumento anterior, porque são diretrizes procedimentais que simplesmente não foram encampadas pelo direito castrense, o que não impede a exclusão da tipicidade material baseada no desvalor da ação e do resultado.

2.3.4 Dificuldade de valoração das ofensas nos delitos não materiais

Heinz Zipf afirma que o trabalho de interpretação restritiva, do qual o princípio da insignificância constitui instrumento, só é possível nos casos em que a redação legal do tipo penal contenha característica (p. ex. o resultado) que se possa confrontar com a escassa importância da ofensa material verificada ao bem jurídico tutelado. De acordo com tal posição, somente os delitos materiais comportariam juízo de insignificância sob a ótica penal, com a conseqüente possibilidade de reconhecimento de sua atipicidade material.¹²³

Tal postura apenas considera o critério desvalor do resultado para a configuração do fato como delito de bagatela, ignorando, portanto, que também o desvalor da ação deve ser levado em conta para a fixação do caráter irrelevante da conduta, segundo o parâmetro da nocividade social, de cunho eminentemente normativo.¹²⁴

Se for mínimo o potencial agressivo da conduta praticada, não há qualquer obstáculo para que se possa reconhecer a sua atipicidade, pouco importando que o delito seja formal ou de mera atividade, não exigindo, assim, a ocorrência de resultado para a sua caracterização.¹²⁵

MAÑAS argumenta que a jurisprudência nacional vem aplicando o princípio da insignificância nos crimes de mera conduta:

(...) a jurisprudência brasileira, ainda que sem unanimidade, vem afirmando que a insignificância penal em relação ao porte de ínfima quantidade de tóxico, pois, como já se sustentou em caso dessa natureza, “o crime não é apenas a conduta típica, senão que a conduta com perigosidade social.

¹²² “Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar” (Lei n. 9.099/95).

¹²³ MAÑAS, C. V., 1994, p. 65.

¹²⁴ Idem, ibidem, p. 65.

¹²⁵ Idem, ibidem, p. 65.

Sendo assim, quando não existe nenhum perigo social no comportamento do autor, ou for débil, ténue, inexpressivo, não se forma o tipo”.

Recentemente, ademais, o E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo aplicou, com acerto, o princípio da insignificância em processo relativo a crimes contra a honra (injúria e difamação, concluindo que “os fatos atribuídos pelo querelado ao querelante, em anotações constantes de livros de sugestões e reclamações, são classificáveis como meras ‘traquinagens’, fatos corriqueiros, que não podem ser elevados à categoria de ofensivos à reputação do querelante”.

O julgado sustenta que as ações aparentemente típicas, mas inexpressivas e insignificantes, não merecem reprovação social. Assim, na apreciação do caso, sem que houvesse impedimento para tanto, foi considerado tão-somente o critério do desvalor da ação, já que impossível a análise do devvalor do evento, por serem delitos de natureza formal.

2.3.5 Ausência de resposta jurídica às lesões de direitos

Uma última crítica é aquela formulada pels que vêm no princípio da insignificância uma ausência de resposta jurídica dada a situações que implicam manifestas violações e lesões a direitos, argumentando que a ausência de resposta estatal pode gerar o recurso à satisfação pessoal de justiça, o que quebraria a harmonia social.¹²⁶

Parece infundada a crítica, porquanto o que se apresenta é uma lesão ou violação insignificante a um direito, e, no campo da proporcionalidade, a reação gerada por essa satisfação de sentimento pessoal de justiça é de menor monta.¹²⁷

Há uma outra vertente da crítica que reclama uma alternativa administrativa para essas lesões consideradas insignificantes, descriminalizando o comportamento, mas não desjuridicizando-o, de modo a operar uma re-tipificação administrativa da conduta. Assim, permaneceria a mesma no sistema jurídico, merecendo, desta feita, sanção de outra índole.¹²⁸

SANGUINÉ, parafraseado por LOPES, comenta sobre as exigências necessárias para a re-tipificação administrativa do Direito Penal:

(...) exige-se uma relativa autonomização deste que se virá chamar *Direito Penal administrativo*, espécie de dissidência do Direito Penal classicamente conhecido, ao qual se poderá chamar, para evidenciar a contraposição, de *Direito Penal de justiça*. Mas para isso é indispensável, preliminarmente,

¹²⁶ LOPES, M. A., 2000, p. 180.

¹²⁷ Idem, ibdem, p. 180.

¹²⁸ Idem, ibdem, p. 180.

que se desfaça um pensamento ainda hoje predominante, segundo o qual o *Direito Penal administrativo* não visa a proteção de bens jurídicos, mas só de *bens administrativos*, ou de bens *ideais e sem sujeito*, ou de bens supra-individuais. No *direito penal de justiça* se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, enquanto os do *Direito Penal administrativo* se relacionam com a atuação da personalidade do homem enquanto fenômeno social em comunidade e em dependência recíproca dela. Por isso os primeiros devem ser considerados concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais.¹²⁹

MAÑAS aponta as virtudes do sistema de re-tipificação administrativa do Direito Penal à luz do direito comparado:

(...) a descriminalização constitui, atualmente, importante meta de reforma do sistema penal em muito países. O principal caminho tem sido converter a criminalidade de bagatela em infrações administrativas, puníveis com multas de caráter disciplinar. Na Alemanha, por exemplo, todo direito penal de escassa importância e que não tenha sido derogado foi convertido em direito administrativo. O novo ordenamento, como era de se esperar, comprovou a sua eficácia: a prevenção geral restou suficientemente assegurada mediante a imposição de multas, e ao infrator são mostrados claramente quais são os limites de sua liberdade. Ademais, a justiça criminal é desafogada, e o processo administrativo corre de forma mais fluente e menos burocrática. Mantém sistemas semelhantes a Itália e a Suíça. O Japão, já em 1948, adotou medidas parecidas embora prevendo penas pecuniárias de caráter criminal.

Alguns sistemas permitem que o Judiciário suspenda a decisão sobre imposição de pena, com a finalidade de dar ao acusado a oportunidade de reparar o dano causado. É o que ocorre na Alemanha, França, Inglaterra e Canadá. Atendida a exigência, não há a aplicação de sanção criminal.

Com a adoção de medidas dessa natureza, não se pode falar em ausência de direito ou de tutela jurídica, mas apenas em utilização de outros instrumentos de controle social no trato da questão das pequenas infrações, preservando-se o direito penal para a tutela de valores sociais relevantes.¹³⁰

Embora pareça uma saída estratégica válida para o problema penal, a reorientação administrativa apresenta inconvenientes, alguns de difícil superação teórica no Estado de Direito.¹³¹

O primeiro se consubstancia na tendência das modernas Constituições, principalmente nos Estados Democráticos, de aproximar os preceitos constitucionais do Direito Penal ao Direito Administrativo. A extensão que alcançou o poder sancionador da administração, a um ponto já considerado desmensurado, com razão tem sido qualificado como um dos grandes problemas que se colocam ao Direito.¹³²

¹²⁹ Idem, ibidem, p. 180.

¹³⁰ MAÑAS, C. V., 1994, p. 70.

¹³¹ LOPES, M. A., 2000, p. 181.

¹³² Idem, ibidem, p. 181.

Um dos mais graves problemas que enfrenta a descriminalização parcial diz respeito ao princípio da separação de poderes, tendo em vista que a questão transcende a esfera meramente interdisciplinar para entroncar-se com a própria concepção do Estado e o desvirtuamento de suas funções. Há um enfraquecimento do Poder Judiciário com a transferência de maiores atribuições ao Poder Executivo, que antes lhe seriam naturais.¹³³

As sanções administrativas por vezes vem constituindo território do arbítrio, havendo punições de extrema gravidade. Claro que assim nos afastamos do pressuposto de analisarmos o Direito Penal segundo o Estado de Direito, mas não seria pertinente verificar o que teria levado ao arbítrio de punições tão severas a infrações de índole administrativa? Questiona-se se não poderia ter sido o próprio acúmulo de poderes que foi atribuído por delegação do Poder Judiciário.¹³⁴

Há Estados onde os ilícitos administrativos tem evidentes projeções políticas, destacando-se nesse sentido sua incidência negando formas legítimas de se alcançar a aspiração de uma sociedade democrática. Outros, sob falso purismo democrático, transformaram os ilícitos administrativos em repertórios de inutilidades, muito mais convenientes à zombaria pública do que ao sentido preventivo ou repressivo.¹³⁵

Mesmo quanto a determinados aspectos processuais, a administrativa-ção de algumas faltas traz inconvenientes, haja vista algumas técnicas de inversão do ônus da prova deixando-o a cargo do processado, chegando em alguns casos extremos a apelar para a responsabilidade objetiva e sistema de presunções de prova.¹³⁶

Uma alternativa pode ser o emprego do critério de necessidade social, que manifesta-se em duplo sentido: no primeiro, observa-se a coincidência entre a necessidade momentânea (época do delito) e a necessidade permanente (cuja salvaguarda encontra-se no reconhecimento constitucional do bem tutelado); no segundo, corresponde ao espírito proibitivo a exata noção reprovatória do fato (através de pena atribuída).¹³⁷

¹³³ Idem, ibdem, p. 181.

¹³⁴ Idem, ibdem, p. 181.

¹³⁵ Idem, ibdem, p. 181.

¹³⁶ Idem, ibdem, p. 182.

¹³⁷ Idem, ibdem, p. 183

Ausente o critério de necessidade permanente, o fato deverá ser tido como alheio ao interesse penal. Faltando o critério de necessidade momentânea, o fato deve ser tido como justificável por causa excludente de um dos elementos do crime. Por fim, ausente o critério de necessidade da pena, tem-se o fato por merecedor de indulgência pelo Magistrado (hipóteses que poderão ser sugeridas pelo legislador).¹³⁸

O minimalismo penal se legitima unicamente por razões utilitárias, que são a prevenção de uma reação formal ou informal mais violenta contra o delito, quer dizer, para o Direito Penal mínimo o fim da pena seria a minimização da reação violenta contra o delito. Esse Direito Penal se justificaria como instrumento apto a impedir a vingança.¹³⁹

¹³⁸ Idem, ibidem, p. 183.

¹³⁹ Idem, ibidem, p. 183.

CAPÍTULO III

O FURTO PRATICADO POR AGENTE MILITAR

3.1 Conceito de crime militar

3.1.1 Considerações iniciais

Cumprе ponderar, inicialmente, sobre certos aspectos que influenciaram o desenvolvimento do Direito Penal Militar, de forma a se compreender a problemática envolvendo a conceituação do que seria, efetivamente, crime militar.

É certo que as instituições militares acompanham o desenvolvimento das primeiras sociedades, sobretudo pela imperiosa necessidade de defesa dos agrupamentos humanos. Assim é que antigos documentos legislativos já continham dispositivos regradando a conduta dos cidadãos militares, bem como a proteção dos interesses das instituições castrenses.¹⁴⁰

Quando o direito passou a se afirmar como ciência, subdividindo-se em diversas disciplinas autônomas, cada qual dando conta de certas categorias de bens jurídicos, a legislação castrense possuía dentre as melhores sistematizações, particularmente por apresentar condições materiais excelentes para construção científica.¹⁴¹

Os cultores das doutrinas jurídicas, entretanto, não se aperceberam do ordenamento jurídico militar e dele não se ocuparam, consequência do cuidado predominante de isolar, do conhecimento geral, o ritmo das atividades marciais (algumas realmente revestidas de necessário segredo), acabando por inculcar um estilo de jurisdição castrense que se circunscrevia ao meio militar.¹⁴²

¹⁴⁰ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime militar**. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 21.

¹⁴¹ Idem, ibdem, p. 21.

¹⁴² Idem, ibdem, p. 21.

A impenetrabilidade e os preconceitos não beneficiaram substancialmente o Direito Penal Militar, na medida em que o afastou do escopo dos juristas, estigmatizando-o como de interesse exclusivo de militares¹⁴³.

Nesta senda é que se consolidou a idéia de o Direito Penal Militar ser mero subsidiário do Direito Penal comum, faltando-lhe elementos que o consagrassem como disciplina autônoma, relegando-o à posição de mero direito profissional de aplicação limitada ou restringível aos membros das Forças Armadas, o que parece mais um juízo político que propriamente científico.¹⁴⁴

Bem salienta Álvaro Mayrink da Costa que “enquanto se atribuía ao foro militar um caráter de privilégio, desencadeavam-se, simultaneamente, campanhas para reduzir a esfera de aplicação da lei penal militar, a qual assumia, assim, a feição de um *privilégio não desejado*, o que bem demonstra a ausência de critérios científicos no trato com o problema”.¹⁴⁵

A vitalidade intrínseca das instituições militares, somada a necessidade irremovível de sua presença, desmentiu as observações no sentido de que tudo a elas relacionadas seria fruto de mera sobrevivência histórica. As Forças Armadas constituem elemento essencial do Estado, uma vez que amparam este através da manutenção da ordem interna e na defesa externa.

COSTA assinala que o Direito Penal Militar possui objeto específico, porque se constrói embasado numa categoria de bens e interesses que lhe é privativo por natureza, comportando os bens jurídicos penalmente considerados, por sua própria natureza, diferenciação em categorias, a exigir tratamento jurídico diferenciado.¹⁴⁶

Neste ponto, relevante trazer a definição constitucional para forças armadas (arts. 142 e ss. da CF/88):

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

¹⁴³ Idem, ibdem, p. 21.

¹⁴⁴ Idem, ibdem, p. 22.

¹⁴⁵ Idem, ibdem, p. 22.

¹⁴⁶ Idem, ibdem, p. 23.

Ressalto que as polícias militares e os bombeiros militares, por serem forças auxiliares e reserva do exército (confira-se art. 144, § 6º, da CF/88), possuem similar regramento, como fica evidenciado no art. 42 da Carta Magna:

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

§ 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal

Como visto, as instituições militares exercem função de importância ímpar na manutenção do Estado, e por sua atribuição constitucional, assim como pelas peculiaridades inerentes ao exercício do seu mister, necessitam de uma regulamentação específica capaz de tutelar os seus interesses.¹⁴⁷

COSTA, nesse norte, expõe que “as necessárias diversidades de disciplina para a organização armada decorre exatamente da especificidade dos interesses sobre os quais se assentam. Há, portanto, uma categoria de bens jurídicos específicos, de cuja violação nasce o *delictum proprium*, essencialmente militar”.¹⁴⁸

3.1.2 Diferenciação entre direito penal comum e especial

Conforme alhures citado, a doutrina pátria divide o direito penal em comum e especial, havendo diversas correntes que buscam diferenciá-los, bem como delinear seu espectro de atuação.

Dentre elas, desponta a liderada pelo pensamento de José Frederico Marques, acompanhada por Damásio de Jesus, entendendo que o

critério para essa diversificação está no órgão encarregado de aplicar o direito objetivo. Como escrevia José Frederico Marques, direito comum e direito especial, dentro de nosso sistema político, são categorias que se diversificam em razão do órgão que deve aplicá-los jurisdicionalmente. Este é

¹⁴⁷ Interesses estes que, conforme estipula a Constituição, seriam a hierarquia e a disciplina e, por consequência, a regularidade das instituições militares.

¹⁴⁸ COSTA, Á. M., 1978, p. 23.

o melhor critério para uma distinção precisa, pelo menos no que tange ao direito penal: se a norma objetiva somente se aplica por meio de órgãos especiais constitucionalmente previstos, tal *norma agendi* tem caráter especial; se a sua aplicação não demanda jurisdições próprias, mas se realiza pela justiça comum, sua qualificação será a de norma penal comum.¹⁴⁹

Mais adiante conclui JESUS que “no Brasil, o Direito Penal Militar pode ser indicado como Direito Penal especial, pois sua aplicação se realiza por meio da justiça penal militar”.¹⁵⁰

Nessa mesma orientação o brilhante jurista Jorge Alberto Romeiro, citado por Célio Lobão, defendendo que “esse caráter especial lhe advém ainda de, em nosso país, a Constituição Federal atribuir com exclusividade aos órgãos da justiça castrense, que especialmente prevê (art. 122 o processo e o julgamento dos crimes militares definidos em lei (arts. 124 e 125, § 4º)”.¹⁵¹

Todavia, esta distinção não parece revestida de critério científico adequado, haja vista a clara diferenciação entre ilícitos e jurisdição.

Importante trazer à baila a lição de Romeu Campos de Barros, aduzindo que “a especialidade do processo não pode levar em conta a especialidade da Justiça. Assim, numa outra divisão, vamos encontrar normas de processo reguladas nas chamadas leis extravagantes, estabelecendo procedimentos especiais para determinadas infrações penais, mas que são aplicadas pela justiça comum”.¹⁵²

Aliás, a título exemplificativo, a nova Lei de drogas (Lei n. 11.343/06) prevê procedimentos especiais em razão da matéria, situação que não afasta absolutamente a tutela da jurisdição comum.

Célio Lobão acentua que a existência de justiça especial não seria critério determinante da especialidade do direito penal:

“Se a justiça especial não serve de critério único e determinante do processo especial porque, como vimos, na justiça comum pode, igualmente, tramitar processo penal especial, com muito mais razão não serve para extremar o Direito Penal Comum do Direito Penal especial, mesmo porque, [...] a especialização do direito processual penal militar, a exemplo do direito penal especial, resulta não somente da especialidade do órgão jurisdicional e sim, principalmente, do bem jurídico objeto da tutela penal”.¹⁵³

¹⁴⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. vol. 1. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 8.

¹⁵⁰ Idem, ibidem, p. 8

¹⁵¹ LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 3. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 42.

¹⁵² Idem, ibidem, p. 42.

¹⁵³ Idem, ibidem, p. 43.

Nélson Hungria, com a maestria que lhe é peculiar, propõe critério de diferenciação:

“Crimes **comuns e especiais** (ou **próprios**): [...] **comuns** são os que podem ser praticados por qualquer pessoa; **especiais** os que pressupõem no agente uma particular qualidade ou condição pessoal, que pode ser de cunho social (ex.: funcionário público, militar, comerciante, empregador, empregado, médico) ou **natural** (mulher, mãe, ascendente, descendente). Assim, são crimes **especiais** os **funcionais**, ou puramente **militares**, o crime falimentar próprio, a greve, o auto-aborto, o infanticídio, o crime do art. 302, o abandono de família”.¹⁵⁴

Nesse sentido, João Mendes de Almeida Júnior, citado por Célio Lobão, distingue o crime comum do crime militar:

“O termo comum tem como correlativo oposto o termo próprio. Assim, *delictum commune*, *delictum proprium* – eram expressões usadas pelos clássicos como correlativos opostos. Os crimes distinguem-se, como qualquer entre, quer por seus elementos essenciais, constitutivos da sua espécie, quer por condições particulares, constitutivas da sua individualidade: aqueles elementos são comuns a todos os crimes da mesma espécie, ao passo que estas condições não são comuns a todos e, aliás, são próprias de uma certa classe. Todo o crime supõe um ente humano, uma intenção dolosa, um fato punível, mas há crimes que, além desses elementos essenciais, comuns, são caracterizados por atributos do próprio agente, atributos que os distinguem e individualizam. Assim, por exemplo (...) os crimes de deserção, indisciplina e outros puramente militares – não são crimes comuns, são próprios da classe militar, por isso que o homem, sem a qualidade de militar, não pode cometê-los”.¹⁵⁵

Assim é que, primeiramente, a legislação define o que seria o crime especial, para depois estipular o órgão constitucionalmente competente para julgar a matéria, sendo ilógica a operação contrária.

Encampa tal entendimento LOBÃO, dissertando que a lei penal militar, no Brasil, é aplicada por órgão especial constitucionalmente previsto, situação que, por si só, não especializa a norma penal:

“Em nosso país, a lei penal militar é aplicada por órgão especial constitucionalmente previsto, embora essa circunstância, por si só, não especialize a norma penal, pois esse mesmo órgão especial, como ficou dito anteriormente, já aplicou norma penal comum e, podemos dizer, que continua a fazê-lo, [...]. Nesses e em outros casos, a norma penal é comum, apenas a ocorrência de determinadas circunstâncias, como sujeitos ativos e passivos militares, local do crime, época do crime, bem jurídico ofendido, subtraem sua aplicação da justiça comum, inserindo-a na justiça especial, sem, contudo, transformá-la em norma penal especial”.¹⁵⁶

¹⁵⁴ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**: volume 1, t. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 53-54.

¹⁵⁵ LOBÃO, C., 2006, p. 45.

¹⁵⁶ Idem, ibidem, p. 47.

Por derradeiro, LOBÃO conclui que o direito penal militar é especial não só porque se aplica a uma classe ou categoria de indivíduos, mas também pela natureza do bem jurídico tutelado.

Feita uma síntese da diferenciação entre direito penal comum e direito penal militar, relevante para dar a tônica de que lidamos com uma vertente especializada do direito penal e que, por isso, possui tutela específica, passamos ao estudo da principal divisão entre os crimes militares em tempo de paz.

3.1.3 Crimes militares próprios e impróprios

Antes mesmo de adentrarmos à divisão entre crimes militares próprios e impróprios, é de grande importância estabelecer o conceito de “crime”.

Cumprido salientar que tal conceito não vem inserido nos códigos e demais legislações penais, incumbindo à doutrina preencher tal definição. Extrai-se do escólio de Fernando Capez que crime pode ser conceituado sob os aspectos material e formal ou analítico.

O aspecto material, segundo o autor, “é aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social”.¹⁵⁷

JESUS ressalta que esse conceito possui relevância jurídica, pois coloca em evidência a razão determinante de uma conduta humana constituir infração penal e estar sujeita a uma sanção. É importante estabelecer o critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos como criminosos, de forma a evitar que criação de normas penais incriminadoras que, sem orientação, viriam fatalmente a lesar o *jus libertatis* dos cidadãos.¹⁵⁸

Aspecto formal, na definição de CAPEZ, seria “conceito de crime resulta da subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal

¹⁵⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. vol. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 105.

¹⁵⁸ JESUS, D. E., 2008, p. 149.

tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando seu conteúdo. Considerar a existência de um crime sem levar em conta sua essência ou lesividade material afronta o princípio constitucional da dignidade humana”.¹⁵⁹

O aspecto analítico, por sua vez, seria aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime, cuja finalidade seria propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador desenvolva seu raciocínio por etapas.¹⁶⁰

Por esse ângulo, crime seria todo fato típico¹⁶¹ e ilícito¹⁶². Em primeiro plano, observa-se a tipicidade da conduta; caso seja típica, torna-se viável verificar se é, ou não, lícita. Ocorrendo as duas condições, surge a infração penal, bastando, a partir daí, que se verifique se o autor foi ou não culpado¹⁶³ pela sua prática.

Estabelecida uma conceituação sucinta do que se entende por crime, passamos à análise da caracterização dos crimes militares.

A Carta Magna de 1988 adotou o critério objetivo (*ratione legis*) na definição do delito militar, ao dispor no art. 124 que “à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”, sem se reputar aos sujeitos do delito. Assim, crime militar é aquele assim definido em lei (especificamente no Código Penal Militar), e que esteja de acordo com os requisitos expressos em diploma castrense, compreendendo os crimes propriamente e os impropriamente militares.

¹⁵⁹ CAPEZ, F., 2004, p. 106.

¹⁶⁰ Idem, ibidem, p. 106.

¹⁶¹ Fato típico “é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração, que é composto pelos seguintes elementos: conduta humana dolosa ou culposa, resultado (salvo nos crimes de mera conduta e formais), nexa entre a conduta e o resultado (salvo nos crimes de mera conduta e formais) e enquadramento do fato material (conduta, resultado e nexa) a uma norma penal incriminadora” (JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. vol. 1. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 152-153). Confirma-se também o subtítulo 1 do capítulo 2 do presente trabalho.

¹⁶² Ilícitude (ou antijuridicidade como preferem alguns doutrinadores) “é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita. Assim, o conceito de ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão: é antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão de antijuridicidade (CP, art. 23, ou normas permissivas encontradas em sua parte especial ou em leis especiais” (JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. vol. 1. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 153).

¹⁶³ Culpabilidade é a “reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico. Reprovabilidade que vem recair sobre o agente, ensinava Aníbal Bruno, porque a ele cumpria conformar a sua conduta com o mandamento do ordenamento jurídico, porque tinha a possibilidade de fazê-lo e não o fez, revelando no fato de não o ter feito uma vontade contrária àquela obrigação, *i. e.*, no comportamento se exprime uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma. Como vimos, a culpabilidade não é requisito do crime, funcionando como condição de imposição da pena” (JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. vol. 1. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 153).

Em que pese o aparente arbítrio concedido ao legislador para definir o delito militar, ao editar a lei deve se manter dentro dos limites estabelecidos pelo sistema jurídico anterior à ela e suscetível de receber outras leis, e não proceder como se estivesse criando novo sistema jurídico à parte, editando legislação penal militar absorvente do Código Penal que, dessa forma, deixaria de ser lei penal fundamental.¹⁶⁴

Tratando-se de lei especial subsidiária da lei penal comum, o Código Penal Militar deve ficar adstrito aos limites de permissão concedidos constitucionalmente, limitando-se à tutela dos interesses inerentes às Forças Armadas, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militares.¹⁶⁵

O art. 9º do Decreto-lei n. 1.001/69 considera militar os crimes que sejam cometidos nas seguintes condições:¹⁶⁶

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; ([Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996](#))

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. ([Vide Lei nº 9.299, de 8.8.1996](#))

III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, ga-

¹⁶⁴ LOBÃO, C., 2006, p. 64.

¹⁶⁵ Idem, ibidem, p. 65.

¹⁶⁶ Desde já se quer esclarecer que não serão abordados os crimes militares em tempo de guerra, dada a sua relativa inaplicabilidade diante do atual cenário político internacional.

rantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

No art. 5º, LXI, da CF/88 é que, pela primeira vez, adotou-se expressamente a essencial divisão dos crimes militares em próprios e impróprios. O texto legal assim dispõe: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou **crime propriamente militar**, definidos em lei”.

Crime propriamente militar, como entende Esmeraldino Olímpio Torres Bandeira (1919 apud LOBÃO, 2006, p. 81), recebeu definição precisa no direito romano e consistia naquele que só o soldado pode cometer, porque diz respeito particularmente à vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infração e da natureza peculiar do objeto danificado, que devia ser o serviço, a disciplina, a administração ou a economia militar.

O jurista espanhol Jimenez y Jyvenes, analisando a legislação castrense brasileira, pontua que o crime propriamente militar pressupõe simultaneamente a condição militar¹⁶⁷ do sujeito ativo e o caráter militar da ação ou omissão constitutiva de uma imediata ofensa ao dever, à disciplina e à hierarquia, valores fundamentais para as Forças Armadas.¹⁶⁸

Por fim, LOBÃO entende como crime propriamente militar a infração penal prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar. Ressalta, ainda, que pode ser cometido no exercício da função do cargo militar ou fora dele.¹⁶⁹

O crime impropriamente militar, também denominado de acidentalmente militar, vem definido por Guimarães Natal como os que de natureza comum, praticados por militar, assumem o caráter de militares pelas circunstâncias especiais de tempo ou lugar em que são cometidos, pelo dano que, dadas certas circunstâncias, causam à administração, à hierarquia ou à disciplina militar, como o crime praticado por militar dentro dos quartéis.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Militar, segundo o artigo 22 do Código Penal Militar, é “qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar”, inserindo-se nesta categoria os policiais militares estaduais e bombeiros militares estaduais.

¹⁶⁸ LOBÃO, C., 2006, p. 83.

¹⁶⁹ Idem, ibidem, p. 84.

¹⁷⁰ Idem, ibidem, p. 97.

O incomparável jurista Esmeraldino Bandeira (1919 apud LOBÃO, 2006, p. 97) os define como aqueles que, pela condição militar do culpado, ou pela espécie militar do fato, ou pela natureza militar do local ou, finalmente, pela anormalidade do tempo em que é praticado, acarreta dano à economia, ao serviço ou à disciplina das forças armadas.

LOBÃO, por sua vez, entende como crime impropriamente militar a infração penal prevista no Código Penal Militar que, não sendo específica e funcional da profissão do soldado, lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses.¹⁷¹

O conceito de crime impropriamente militar é o divisor de águas entre o ilícito penal comum e o castrense, ao passo que delimita quando determinada conduta viola, ou não, bem ou interesse militar.

O Código Penal Militar, como salienta LOBÃO, distingue três espécies de crimes impropriamente militares: os previstos exclusivamente no diploma repressivo castrense, os definidos de forma diversa na lei penal comum e os com igual definição no Código Penal Militar e no Código Penal. A competência da Justiça Militar para apreciar essas infrações se relaciona com a condição do sujeito ativo do delito, militar ou civil.

Nas hipóteses de agente militar, basta que os crimes não previstos na lei penal comum ou nela definidos de modo diverso (art. 9º, I, do Código Penal Militar) estejam tipificados na parte especial do Código Penal Militar, sem violação da permissão constitucional de tutela das instituições militares. No delito com definição igual nos diplomas especial e comum (art. 9º, II, do Código Penal Militar), torna-se necessário o preenchimento de um dos seguintes requisitos: agente e ofendido militares; local do crime sob a administração militar; militar em serviço ou em comissão de natureza militar; ofensa ao patrimônio sob administração militar e à ordem administrativa militar.¹⁷² Importante ressaltar que os crimes dolosos contra a vida praticados contra civil serão julgados pelo Tribunal do Júri (art. 9º, parágrafo único, do Có-

¹⁷¹ Idem, ibidem, p. 97-98.

¹⁷² Idem, ibidem, p. 98.

digo Penal Militar¹⁷³, assim como art. 82, *caput* e § 2º, ambos do Código de Processo Penal Militar¹⁷⁴).

Quando o agente for civil, os crimes de que trata o Código Penal Militar, quando definidos de modo diversos na lei penal comum, ou nela não previstos (art. 9º, I, CPM) e os com igual definição no diploma repressivo castrense e no Código Penal (art. 9º, II, CPM), somente são delitos militares se presentes os requisitos de ofendido militar em local sob a administração militar, de ofendido militar em função de natureza militar ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária e ofensa ao patrimônio sob administração militar e à ordem administrativa militar (art. 9º, III, CPM).¹⁷⁵

Traçado um sucinto apanhado da divisão entre crimes militares, torna-se viável adentrar no estudo do delito de furto previsto na Lei Penal Substantiva Castrense.

3.2. O furto no Código Penal Militar

Imensamente importante estudar as disposições atinentes ao crime militar de furto (art. 240 do Código Penal Militar), para que se possa verificar as hipóteses e os meios de aplicação do princípio da insignificância como forma de exclusão da tipicidade material.

A punição do furto é antiga e remonta ao surgimento da propriedade privada. As legislações de todas as épocas, desde o Código de Hamurabi até o Alcorão, estipulavam as mais variadas sanções, que via de regra incidiam sobre o corpo do condenado (açoites, desmembramentos, morte), e em algumas raras ocasiões possuíam caráter pecuniário.

Dentre as civilizações antigas, a que merece maior atenção no presente estudo é a romana, que segundo Heleno Cláudio Fragoso, em certo momento

¹⁷³ Art. 9º. (...) Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.

¹⁷⁴ Art. 82. O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz: (...) § 2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.

¹⁷⁵ LOBÃO, C., 2006, p. 98-99.

passou a considerar o furto “crime privado, punido com pena pecuniária, sendo objeto de extensa elaboração doutrinária, que lhe ficou o conceito”¹⁷⁶, demonstrando uma tendência ao abrandamento desta modalidade elementar¹⁷⁷ de crime patrimonial.

O fundamento para o emprego ponderado da mais poderosa arma do arsenal estatal (restrição de liberdade) parece ser o fato de que “o furto é, em geral, crime do indivíduo de casta ínfima, do pária, destituído, em regra, da audácia e da temibilidade para o roubo ou para a extorsão; de inteligência para o estelionato; e desprovido de meios para usurpação”.¹⁷⁸

O caso do agente militar, entretanto, parece escapar a essa regra, tendo em vista que os militares são investidos em relevante cargo público, este permeado pelos ideais de obediência hierárquica, disciplina, ética, moral e devoção ao cumprimento do dever, cujas atribuições constitucionais são pilares da manutenção do Estado.¹⁷⁹ Por essa razão é que se lhes exige uma conduta exemplar, mais que aquela esperada dos cidadãos comuns.

Dada esta situação peculiar, é certo que a questão do princípio da insignificância no direito castrense suscita fortes controvérsias na doutrina e jurisprudência nacionais.

Para que se possa adentrar mais profundamente na questão, há que se esquadrihar as elementares caracterizadoras do tipo, de forma que se apreenda os aspectos que envolvem a conduta delituosa.

O texto legal da lei castrense difere pouco daquele previsto na lei comum, senão vejamos:

Furto simples

Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
Pena – reclusão, até seis anos.

Furto atenuado

¹⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal, parte especial**. vol 1. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 189.

¹⁷⁷ Considera-se modalidade elementar porque a subtração de coisa alheia móvel é o fundamento dos crimes contra patrimônio mobiliário, que pelo seu contexto acabam por reclamar tratamento penal diferenciado. Exemplificadamente, podemos assinalar o roubo (art. 242 do Código Penal Militar), que, a grosso modo, nada mais é que o furto com emprego de violência ou grave ameaça contra pessoa.

¹⁷⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. vol. 2. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 214-215.

¹⁷⁹ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao código penal militar – parte especial**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 228.

§ 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.

Energia de valor econômico

§ 3º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

4º Se o furto é praticado durante a noite:

Pena reclusão, de dois a oito anos.

§ 5º Se a coisa furtada pertence à Fazenda Nacional:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

6º Se o furto é praticado:

I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II – com abuso de confiança ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III – com emprêgo de chave falsa;

IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas:

Pena – reclusão, de três a dez anos.

7º Aos casos previstos nos §§ 4º e 5º são aplicáveis as atenuações a que se referem os §§ 1º e 2º. Aos previstos no § 6º é aplicável a atenuação referida no § 2º.

O furto é crime militar impróprio pois previsto tanto na legislação penal militar como na comum. Na essência, trata-se de crime comum, tornando-se militar por encontrar identidade em uma das várias hipóteses dos incisos II e III do art. 9º do Código Penal Militar.

O bem jurídico protegido imediatamente é o patrimônio, que se subdivide em cinco concepções distintas: jurídica, econômica, jurídico-econômica ou mista, pessoal e funcional.¹⁸⁰

PRADO delinea os referidos conceitos:

Para a primeira, compõe o patrimônio o conjunto de direitos patrimoniais de uma pessoa, sendo a tutela penal um prolongamento dos direitos subjetivos. Tal concepção está “estritamente ligada ao Direito Civil e, por isso, identificada com a soma dos direitos subjetivos patrimoniais de uma pessoa”. Já a segunda, considera o patrimônio como o conjunto de bens ou valores econômicos que se encontram sob o poder de disposição de uma pessoa avaliáveis pecuniariamente. Segundo o entendimento jurídico-econômico ou misto, só integram o patrimônio as posições econômicas que obtenham reconhecimento jurídico, ou seja, “a soma dos valores econômicos à disposição de alguém sob a proteção do ordenamento jurídico”. Pelo conceito pessoal, tem-se em conta principalmente a pessoa do titular do

¹⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. vol. 2. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 392.

bem e não tanto o patrimônio como soma dos valores econômicos. Melhor explicando: o direito subjetivo do titular de desfrutar (usufruir) dos objetos. Distingue-se entre o delito contra a propriedade (v.g., furto) e delito contra o patrimônio globalmente considerado (v.g. estelionato). E, por fim, na noção funcional de patrimônio, o que se encarece é a utilidade propiciada ao titular do objeto. Reporta-se, assim, essencialmente à possibilidade que tem determinado bem de satisfazer as necessidades pessoais. O direito de propriedade é entendido aqui “como fonte de utilidades destinadas à persecução de fins individuais, vinculando-se diretamente com as concepções que concebem o bem jurídico em função da satisfação de necessidades humanas e recupera a tradicional afirmação de que com a subtração de um objeto alheio, na realidade não se lesiona a propriedade, visto que o direito a ela continua existindo, mas sim os poderes de disposição sobre o objeto que dão conteúdo ao direito”.

Aqui o direito penal militar se diferencia do direito penal comum, porque além do bem jurídico tutelado imediatamente, patrimônio, verifica-se a presença de bem jurídico tutelado mediadamente, consistente na regularidade das instituições militares.

Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger comentam acerca da tutela mediata:

(...) é possível afirmar que, qualquer que seja o bem jurídico evidentemente protegido pela norma, sempre haverá, de forma direta ou indireta, a tutela da regularidade das instituições militares, o que permite asseverar que, ao menos ela, sempre estará no escopo de proteção dos tipos penais militares, levando-nos a concluir que em alguns casos teremos um bem jurídico composto como objeto da proteção do diploma castrense.¹⁸¹

A regularidade das instituições militares (forças armadas, polícias militares e corpos de bombeiros militares) se calca nas missões constitucionais a elas atribuídas, de suma importância na preservação das liberdades públicas, incumbindo-lhes a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, o policiamento ostensivo preventivo, a preservação da ordem pública e as atividades de defesa civil; pode ser entendida, pois, como a condição necessária, tanto interna como externamente, para que determinada instituição militar cumpra seu escopo constitucional, não turbando os direitos fundamentais, exceto quando a lei o permitir.¹⁸²

Quanto à objetividade jurídica, protege o art. 240 do Código Penal Militar a posse, a detenção e o direito de propriedade. Salaria NORONHA que

¹⁸¹ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de direito penal militar**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 16.

¹⁸² Idem, ibidem, p. 19-20.

(...) na sua ampla proteção ao patrimônio, a lei defende tanto a posse como a propriedade. Esta é o complexo dos direitos de usar, gozar e dispor de seus bens – *jus utendi, fruendi et abutendi*. Aquela é a visibilidade desta, ou melhor, no conceito de Ihering, *a relação de fato estabelecida entre o indivíduo e a coisa, pelo fim de sua utilização econômica*.¹⁸³

A lei tutela a posse desde o direito romano, de acordo com o supracitado autor, convicção que se extrai da seguinte oração das Institutas de Justinano (Liv. IV, Título I, § 1º): *de obligationibus quae ex delicto nascuntur*, cujo significado é “furto é a tomada fraudulenta de uma coisa de seu uso ou de sua posse”.¹⁸⁴

Importante salientar que a posse não se junta, necessariamente, à propriedade para reclamar proteção do direito penal militar, o que acaba por tornar menos relevante a noção apresentada no direito civil, na medida em que não se investiga sua origem nem natureza, decorrendo a proteção desde a posse rudimentar até a mais categorizada.¹⁸⁵

Protege-se também a propriedade, assim como o domínio. O possuidor de coisa dada em usufruto e que é furtada sofre violação patrimonial acarretada pela subtração, mas existe também ofensa ao direito de propriedade, pois é inegável sofrer o proprietário dano patrimonial com o desaparecimento da coisa, sobre a qual ele tinha a *posse indireta*, e poderia mais tarde ter o domínio pleno.¹⁸⁶

Os sujeitos ativos podem ser qualquer pessoa, militar ou civil, que se encontrem em umas das hipóteses do art. 9º do Código Penal Militar. O civil, ressalva Jorge César de Assis, “somente responderá (...) nas hipóteses do inc. III do referido art. 9º, ou seja, nos crimes praticados contra as instituições militares, exceptuadas, desde já, as estaduais e do Distrito Federal, ante a competência restrita do art. 125, §§ 3º e 4º, da Carta Magna”.¹⁸⁷

Não se admite, todavia, que o proprietário seja sujeito ativo do delito, pois seria absurdo conceber “coisa própria e, ao mesmo tempo, considerá-la como alheia, e justamente para clarificar tal temática é que o legislador incriminou tanto a

¹⁸³ NORONHA, E. M., 2003, p. 214. Anota o autor que a detenção desinteressada da coisa não traduz posse.

¹⁸⁴ Idem, ibidem, p. 214.

¹⁸⁵ Idem, ibidem, p. 214.

¹⁸⁶ Idem, ibidem, p. 214.

¹⁸⁷ ASSIS, J. C., 2005, p. 226.

subtração de coisa comum (art. 156, CP) como a subtração de coisas embargadas ou seqüestradas cometidas pelo proprietário (art. 36, CP)".¹⁸⁸

O possuidor, da mesma forma, não pode ser sujeito ativo do crime, por isso que se encontra na posse da coisa ou exerce um direito inerente à propriedade, podendo unicamente responder por apropriação indébita.¹⁸⁹

Os sujeitos passivos, por coerência, são o proprietário, o possuidor ou o mero detentor. A pessoa jurídica também pode ser sujeito passivo do crime, sendo o contrário inadmissível, porque o ente moral é incapaz de praticar ação em sentido jurídico-penal.

A ação típica consistem em subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Subtrair, na ensinança do incomparável FRAGOSO, significa tirar a coisa do poder de fato de alguém, para submetê-la ao próprio poder de disposição, sendo "irrepreensível a lição de Mezger, que define a subtração como rompimento do poder de fato alheio sobre a coisa e o estabelecimento de um novo". Constitui pressuposto do fato que o agente não tenha a posse ou livre disposição da coisa, isto é, disponibilidade não sujeita à vigilância do titular de direito patrimonial em relação à mesma.¹⁹⁰

São consideradas coisas móveis quaisquer objetos corpóreos passíveis de serem transportados de um lugar para o outro, excluindo-se os imóveis, que não podem ser objeto de furto (para o direito penal, os bens equiparados a imóveis, tais como navios e aviões, podem ser objeto do delito).¹⁹¹

Coisa alheia é aquela que não pertence ao agente, nem mesmo parcialmente. Estão excluídos desse âmbito alguns bens que estão fora do comércio (não integram o patrimônio, a exemplo do corpo humano de pessoa viva), as coisas que nunca pertenceram a alguém (*res nullius*), as coisas abandonadas (*res derelictae*), enquanto não forem ocupadas, e as coisas comuns (*res communes*, como a luz solar, o ar, o mar, etc).

No que concerne ao elemento subjetivo, é da impecável lição de NORONHA:

¹⁸⁸ PRADO, L. R., 2006, p. 393.

¹⁸⁹ Idem, ibdem, p. 393.

¹⁹⁰ FRAGOSO, H. C., 1995, p. 191.

¹⁹¹ Idem, ibdem, p. 191.

Não há furto sem dolo, que é genérico e específico. O primeiro é a vontade consciente de praticar o fato definido como crime pela lei penal. O segundo é o escopo, o interesse do sujeito ativo, que, no furto, reside em apropriar-se da coisa alheia, para que ele ou terceiro dela disponham, como se donos fossem. Nisso reside o *animus furandi*.

Autores pátrios, examinando o texto do atual Código, afirmam não haver ele se referido *expressamente* ao dolo específico. Acrescentam ainda não ser por isso exigível.

Não comungamos dessa opinião. O que nos parece haver á confusão entre essa espécie de dolo (fim, interesse, escopo) com os *motivos* do crime. Não há furto sem dolo específico. É ele que caracteriza e identifica esse crime. O indivíduo pode subtrair para satisfazer pretensão *legítima*, com o que não comete furto, mas o delito do art. 345. Entretanto, se se apropriar ilegitimamente de uma coisa, para submetê-la ao seu poder, furtará. Ora, mas em ambos os casos a materialidade dos crimes é a mesma; ambos os delitos tem a mesma *forma*, e o que os distingue é o respectivo dolo específico: num, a subtração é para satisfazer pretensão *legítima*; noutro, ela tem lugar para o indivíduo apoderar-se da coisa como dono.

A lei mencionou claramente o dolo específico com o emprego da preposição *para* (n. 80): “Subtrair *para* si ou *para* outrem ...”. O que há a observar é ter havido elipse dos verbos que seguem a proposição. Mas o sentido da frase não é outro “Subtrair *para* si”, isto é, *dar para si*, ou seja, *apoderar-se*; “subtrair *para* outrem, isto é, *dar a outrem*.”

Aliás, a expressão “para si ou para outrem” vem da lei anterior, a respeito da qual dizia João Vieira: “O elemento geral do dolo está subentendido pelo art. 24 do Código, porque no art. 330 emprega as expressões *para si ou para outrem ... contra a vontade do dono*, que completam a idéia ou antes já pressupõem o dolo específico”.¹⁹²

Ressalte-se que o consentimento válido do ofendido exclui o delito, uma vez que a subtração deve ocorrer contra sua vontade.

Sobre a consumação do furto, extrai-se da lapidar lição de FRAGOSO:

Para a consumação do furto, no sistema do Código atual, é necessário que o agente tenha completado a subtração da coisa. Como já vimos, o próprio conceito de subtração exige o rompimento de um poder material de detenção sobre a coisa, e o estabelecimento de um novo. Em consequência, somente estará consumado o furto quando a coisa for retirada da esfera de vigilância do sujeito passivo, do seu poder de fato, submetendo-a o agente ao próprio poder autônomo de disposição.

Os tribunais, fixando o momento consumativo do furto, referem-se à tirada da coisa da “esfera de vigilância” do proprietário ou possuidor.¹⁹³

NORONHA alerta que o apossamento não está adstrito à condição de lugar, que pode se verificar quando a coisa sai da órbita de vigilância, custódia ou guarda do possuidor, ou melhor, quando sai da esfera de disponibilidade.¹⁹⁴

¹⁹² NORONHA, E. M., 2003, p. 226.

¹⁹³ FRAGOSO, H. C., 1995, p. 192.

¹⁹⁴ NORONHA, E. M., 2003, p. 228.

Estudadas as elementares caracterizadoras do tipo, torna-se viável avaliação do furto privilegiado na legislação penal militar, esta que é considerada pelos doutrinadores pátrios como uma das primeiras a dispor sobre o princípio da insignificância, porque permite ao magistrado afastar o caráter penal do fato, considerando-o mera infração disciplinar (administrativa).

Nesse sentido são as palavras de Ronaldo João Roth:

A Lei Penal Militar contempla, expressamente, em alguns delitos, o princípio da insignificância, estabelecendo, por conseguinte, que a infração, assim considerada, possa ser conhecida pelo juiz (Auditor ou Conselho de Justiça) como uma infração disciplinar.

Os delitos escolhidos pelo legislador foram os de lesões coporais levíssimas, **furto**, apropriação indébita, estelionato, dano simples, emissão de cheques sem fundo, todos quando a coisa for de pequeno valor e o agente for primário.¹⁹⁵

Os requisitos para o benefício, disposto no parágrafo 1º, são a primariedade do agente e o pequeno valor da coisa furtada, entendendo-se como pequeno valor aquele não excedente a um décimo da quantia mensal do mais alto salário do país.

Com a devida vênia, pondero que esse valor não deve ser tomado com rigorosidade excessiva, sendo solução mais condizente com a realidade que o magistrado verifique o efetivo desvalor do resultado no caso em concreto. Tal assunto será revisitado no subtítulo subsequente.

Há outra hipótese prevista no parágrafo 2º, cujos quesitos são a primariedade e a restituição da coisa ao seu dono ou a reparação do dano antes de instaurada a ação penal. Trata-se de modalidade, ao nosso sentir, de arrependimento posterior.¹⁹⁶

Tendo em mente os aspectos mais relevantes do crime de furto praticado no âmbito militar, viável a análise das decisões dos Tribunais acerca do princípio da insignificância em casos concretos.

¹⁹⁵ ROTH, Ronaldo João. O princípio da insignificância e a polícia judiciária militar. **Revista Direito Militar**. Brasília, v. 1, n. 5, p. 31-43, mai./jun./ 1997. p. 31.

¹⁹⁶ No Código Penal comum se encontra uma causa geral de diminuição de pena, que assim dispõe: “Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

3.3 A jurisprudência dos Tribunais superiores e o princípio da insignificância

As mais recentes decisões dos tribunais superiores, com ênfase para o Supremo Tribunal Federal, vêm entendendo que o princípio da insignificância seria aplicável em sede de crimes militares.

A Ministra Carmen Lúcia (STF), ao relatar o RHC n. 89.624-3/RS, deu provimento ao recurso de soldado fuzileiro naval que teria subtraído, numa primeira ocasião, bens avaliados em R\$ 154,57 e, posteriormente, furtou do armário de outro soldado um par de coturnos.

Segue a ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. FURTO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL MILITAR. 1. Os bens subtraídos pelo Paciente não resultaram em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Recorrente. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 2. Recurso provido.¹⁹⁷

Fazendo um restrospecto do procedimento, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal Militar, sustentando a incidência do princípio da insignificância, pois com relação ao primeiro fato, a mochila objeto da subtração fora restituída antes da instauração do inquérito policial militar, faltando somente a devolução de alguns documentos; concernente ao segundo fato, argumentou com a falta de dolo.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 89.624-3/RS. Fabrício Acioly de Mendonça e Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. DJ, 7 dez. 2006. Por maioria de votos, a Turma deu provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, que lhe negavam provimento.

O Superior Tribunal Militar decidiu por unanimidade denegar a ordem, nos termos do voto apresentado pelo relator Ministro Valdesio Guilherme de Figueiredo (STM), que assim motivou:

Habeas Corpus. Furto. Instrução Criminal em curso. Princípio da insignificância. Não incidência. Fundamentos do *writ* que se confundem com a análise do mérito dos fatos sob apuração no processo em curso no Juízo a quo. Eventual incursão no exame valorativo da prova implicaria em supressão de instância. O princípio da insignificância deve ser aferido durante a instrução criminal, sob o manto do contraditório e da ampla defesa. Conhecido o *writ* e denegada a ordem. Decisão unânime.

(...) A pretensão do impetrante esbarra em óbice intransponível, não só na melhor doutrina mas, também, na predominante jurisprudência pátria, que consideram o *habeas corpus* meio inidôneo para exame aprofundado de provas.

O invocado princípio da insignificância deve ser aferido durante o desenvolver da instrução criminal, sob o manto do contraditório e o da ampla defesa. Na ação penal será lícito ao Conselho, ante a análise de todo o quadro probatório (interrogatório do acusado, inquirição das testemunhas e alegações escritas das partes), sopesar a aplicação do aludido princípio, inclusive, se for o caso, entender pela absolvição do ora Paciente.

O mesmo se diga em relação à alegada ausência de dolo que, também, por demandar aprofundado exame de prova, torna-se impróprio sobre ele decidir no âmbito estreito do *writ*.

Os autos revelam a existência de elementos configuradores de crime, em tese, e eventual incursão no exame valorativo da prova implicaria em condenável supressão de instância, pois, como bem assinalou a Juíza-Auditora, os fundamentos do *habeas corpus* se confundem com a análise do mérito dos fatos sob apuração do processo em curso naquele Juízo, bem como em razão da decisão que recebeu a Denúncia já ter transitado em julgado, estando precluso qualquer questionamento a respeito.¹⁹⁸

Irresignado com o teor da decisão do Superior Tribunal Militar, foi interposto recurso ordinário em *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal, visando a reforma da decisão nos mesmos termos propostos perante a instância *a quo*.

Remetidos os autos à instância superior, a Procuradoria-Geral da República emitiu parecer no sentido de que o princípio da insignificância não se aplica sempre aos casos em que há bem de pouco valor, fazendo-se necessária verificação do tipo de bem jurídico tutelado e a sua importância. Acrescentou que o recorrente se valeu da confiança dos colegas para perpetrar a conduta ilícita, e que mesmo havendo a recuperação dos bens quase em sua totalidade, não se evidenciou o resultado de insignificante relevância.

A Ministra Carmen Lúcia, relatora, votou pelo provimento do recurso, nos seguintes termos:

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 2006.01.0342028-RS. Fabrício Acioly de Mendonça. Relator: Ministro Valdesio Guilherme de Figueiredo. DJ, 25 ago. 2006.

(...) os bens subtraídos não resultaram em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade.

Como explana Damásio de Jesus, “*recomenda-se que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves*” (Revista da ESMape, Recife, vol. 5, nº 12, 2000, p. 229).

Da mesma forma, Eugenio Raul Zaffaroni pronuncia-se no sentido de que as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requerem sempre “*alguma gravidade*”, uma vez que nem toda afetação é “*capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal*” (Manual de Direito Penal Brasileiro, Revista dos Tribunais, 2004, p. 534).

A tipicidade penal, portanto, não pode ser percebida como trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante ao bem jurídico tutelado.

No caso, é de dizer-se que o fato não tem importância alguma na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem jurídico tutelado pela norma penal incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado.

A denúncia discorre sobre a subtração de uma mochila e de alguns outros itens pessoais e, não obstante tratar-se de bens de pequeno valor, evidenciou-se que a vítima não sofreu dano relevante em seu patrimônio, haja vista que – à exceção de alguns documentos pessoais – os bens foram devolvidos.

É manifesta, a meu ver, a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Recorrente. Com efeito, não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária de que se reveste o Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito – por exemplo, o administrativo disciplina – não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos.

Pelo exposto, **dou provimento ao presente recurso ordinário em *habeas corpus***, para, cassando qualquer decreto condenatório que possa ter ocorrido até o julgamento deste recurso, assentar a inexistência de justa causa da ação penal intentada perante o Juízo da Segunda Auditoria da Terceira Circunscrição Judiciária Militar contra o ora recorrente.¹⁹⁹

Abrindo dissidência, o ministro Marco Aurélio, considerando o local da prática criminosa (quartel), a circunstância de se haver subtraído mochila de colega de farda contendo pertences desse mesmo colega e de se haver violado armário instalado no estabelecimento militar e subtraído, mediante violação, um par de cor-

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 89.624-3/RS. Fabrício Acioly de Mendonça e Superior Tribunal Militar. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. DJ, 7 dez. 2006. Por maioria de votos, a Turma deu provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, que lhe negavam provimento.

tunos, entendeu que os fatos não autorizariam a reforma do acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar.

O caso em particular possui uma peculiaridade, como bem ressaltou o Ministro Ricardo Lewandowski, narrando que quem já serviu no Exército ou passou por ambientes militares sabe que a prática de emprestar coturnos e mochilas sem pedir autorização é corriqueira, existindo inclusive uma gíria militar para a ação, qual seja, “desapertar”. Concluiu que a matéria deveria ficar adstrita na esfera disciplinar, acompanhando portanto o voto da Relatora.

Prosseguindo, colaciono decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n. 89.104/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que decidiu suspender o procedimento que tramitava na 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar até análise da ação constitucional, considerando a possibilidade de incidência, no caso, do princípio da insignificância.

Verifica-se do inteiro teor do voto:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES. IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL. CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. DELITO DE FURTO. INSTAURAÇÃO DE "PERSECUTIO CRIMINIS" CONTRA MILITAR. "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 59,00 (EQUIVALENTE A 16,85% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR). DOUTRINA. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CUMULATIVA OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS PERTINENTES À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AO "PERICULUM IN MORA". MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA. DECISÃO: A presente impetração insurge-se contra decisão emanada do E. Superior Tribunal Militar, proferida em julgamento no qual essa Alta Corte judiciária, após afastar o princípio da insignificância, recebeu a denúncia oferecida pelo Ministério Público Militar. O ilustre impetrante – que postula o reconhecimento, na espécie, da ocorrência de uma "causa suprallegal de exclusão da tipicidade penal" (fls. 07) - assim expôs os fatos subjacentes ao ajuizamento do presente "writ" (fls. 03): "O paciente foi denunciado pelo MPM em 18/03/2005 e a peça acusatória foi REJEITADA pela Juíza-Auditora da 2.ª Auditoria da 3.ª CJM, em 29/04/2005. Em maio, o Procurador da Justiça Militar ajuizou Recurso Criminal, o M.M. Juízo 'a quo' manteve sua decisão de rejeição da denúncia. O STM, por sua vez, deu provimento ao recurso ministerial CASSANDO a decisão de primeira instância e recebe a Denúncia oferecida contra o Paciente. Assim, tornando-se, o STM, Autoridade Coatora, em 16/08/2005, por infração em tese, que teria sido cometida em final de maio de 2004, ao disposto no art. 251, § 1.º, I, do CPM, nos autos do Processo Crime n.º 14/05-6; A denúncia foi ofertada alegando que o acusado dispôs de um aparelho celular avaliado no valor de R\$ 59,00 (cinquenta e nove reais), consoante cópia de denúncia e auto de avaliação (...)." (grifei) O exame da presente causa propõe, desde logo, uma indagação, consistente na aplicabilidade, ou não, do princípio da insignificância, quando se tratar, como sucede na espécie, de delito de furto que teve por objeto bem avaliado em apenas R\$ 59,00

(cinquenta e nove reais). Essa indagação, formulada em função da própria "ratio" subjacente ao princípio da insignificância, assume indiscutível relevo de caráter jurídico, pelo fato de a "res furtiva" equivaler, à época do delito (maio/2004), a 22,69% do valor do salário mínimo então vigente, correspondendo, atualmente, a 16,85% do novo salário mínimo em vigor em nosso País. Como se sabe, o princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material (HC 84.687/MS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), consoante assinala expressivo magistério doutrinário expendido na análise do tema em referência (LUIZ FLÁVIO GOMES, "Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato", "in" Revista dos Tribunais, vol. 789/439-456; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, "Princípios Básicos de Direito Penal", p. 133/134, item n. 131, 5ª ed., 2002, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "Código Penal Comentado", p. 6, item n. 9, 2002, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, "Direito Penal - Parte Geral", vol. 1/10, item n. 11, "h", 26ª ed., 2003, Saraiva; MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, "Princípio da Insignificância no Direito Penal", p. 113/118, item n. 8.2, 2ª ed., 2000, RT, v.g.). O princípio da insignificância, que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal. Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão 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. Revela-se expressivo, a propósito do tema, o magistério de EDILSON MOUGENOT BONFIM e de FERNANDO CAPEZ ("Direito Penal - Parte Geral", p. 121/122, item n. 2.1, 2004, Saraiva): "Na verdade, o princípio da bagatela ou da insignificância (...) não tem previsão legal no direito brasileiro (...), sendo considerado, contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. Funda-se no brocardo civil *minimis non curat praetor* e na conveniência da política criminal. Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que, no tipo, somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico." (grifei) Na realidade, e considerados, de um lado, o princípio da intervenção penal mínima do Estado (que tem por destinatário o próprio legislador) e, de outro, o postulado da insignificância (que se dirige ao magistrado, enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto), na precisa lição do eminente Professor RENÉ ARIEL DOTTI ("Curso de Direito Penal - Parte Geral", p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense), cumpre reconhecer que 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, se-

ja à integridade da própria ordem social. A questão pertinente à aplicabilidade do princípio da insignificância – quando se evidencia que o bem jurídico tutelado sofreu "ínfima afetação" (RENÉ ARIEL DOTTI, "Curso de Direito Penal - Parte Geral", p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense) - assim tem sido apreciada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE – 'RES FURTIVA' NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: 'DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR'. – O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social." (RTJ 192/963-964, Rel. Min. CELSO DE MELLO) "ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIONIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos - e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois -, há de impedir-se que se instaure ação penal (...)." (RTJ 129/187, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO - grifei) "Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal, por falta de justa causa." (RTJ 178/310, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - grifei) "HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDOTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA. 3. A apreensão de nota falsa com valor de cinco reais, em meio a outras notas verdadeiras, nas circunstâncias fáticas da presente impetração, não cria lesão considerável ao bem jurídico tutelado, de maneira que a conduta do paciente é atípica. 4. Habeas corpus deferido, para trancar a ação penal em que o paciente figura como réu." (HC 83.526/CE, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - grifei) As considerações ora expostas levam-me a reconhecer, por isso mesmo, que os fundamentos em que se apóia a presente impetração parecem evidenciar, na espécie, possível ausência de justa causa, eis que as circunstâncias em torno do evento delituoso - "res furtiva" no valor de R\$ 59,00, equivalente, na época do fato,

a 22,69% do salário mínimo então vigente e correspondente, hoje, a 16,85% do atual salário mínimo - autorizariam a aplicação, no caso, do princípio da insignificância, sendo irrelevante, para esse efeito, que se cuide de delito militar. Vale relembrar, ainda, por oportuno, além dos precedentes que venho de referir na presente decisão, também o recentíssimo julgamento que a colenda Primeira Turma desta Corte proferiu no exame do HC 87.478/PA, Rel. Min. EROS GRAU (Informativo/STF nº 438/2006), no qual, por entender aplicável, aos delitos castrenses, o princípio da insignificância, deferiu ordem de "habeas corpus" em favor de militar que havia sido denunciado pela suposta prática do crime de peculato (CPM, art. 303). Cabe ressaltar, finalmente, que essa mesma orientação foi reafirmada quando do julgamento do RHC 89.624/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, no qual a colenda Primeira Turma desta Corte, dando provimento a recurso ordinário, concedeu ordem de "habeas corpus" em favor de militar da Marinha que estava sendo processado pela suposta prática de crime militar (furto de uma mochila, de um par de coturnos e da quantia de R\$ 154,57). Sendo assim, considerando as razões expostas, e tendo em vista que concorre, igualmente, na espécie, situação configuradora do "periculum in mora", defiro, até final julgamento da presente ação de "habeas corpus", o pedido de medida liminar, em ordem a suspender a tramitação do procedimento penal (Forma Ordinária nº 14/05-6), em curso perante a 2ª Auditoria da 3ª CJM ou, se for o caso, paralisar a própria eficácia da sentença penal condenatória nele eventualmente proferida.²⁰⁰

As referidas decisões causaram reação negativa nos setores da doutrina militar, especialmente evidenciada na crítica feita por Jorge César de Assis, opinando que o Supremo Tribunal Federal não vem atentando aos valores específicos vigentes na caserna – disciplina e a hierarquia, cuja importância está estampada na própria Constituição Federal (art. 142).²⁰¹

ASSIS alerta que a sociedade militar é peculiar e possui *modus vivendi* próprio, que exige sacrifícios extremos, até mesmo da própria vida, configurando mais do que simples risco de serviço das atividades tidas como penosas ou insalubres. Condições tão especiais de trabalho exigem regime disciplinar especial, de modo a conciliar tanto os interesses da instituição como os direitos dos que a ela se submetem. A rigidez do regime disciplinar e a severidade das sanções não podem ser confundidas como supressão de seus direitos.²⁰²

Tomando-se por base a complexidade do bem jurídico penal militar, continua o autor, cumpre evidenciar que o intérprete não pode ou não deveria deixar-se inebriar por posturas minimalistas, sem se acautelar de reconhecer a regularidade da instituição como um bem jurídico tutelado pela norma, ainda que seja de

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n. 89.104/RS. Márcio Xavier de Oliveira e Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 19 out. 2006.

²⁰¹ ASSIS, Jorge César. O STF e o princípio da insignificância no crime militar de furto: significância de suas decisões. **Revista de Estudos e Informações**. Belo Horizonte, n. 20, p. 50-53, nov./2007. p. 51-52.

²⁰² Idem, ibidem, p. 52.

forma mediata. Em outras palavras, não se poderá invocar o princípio da insignificância tão-somente considerando o bem imediatamente tutelado pela norma em questão, ficando adstrito às hipóteses permitidas em lei.²⁰³

Constata ainda que as decisões “vêm enveredando por um caminho que a nós parece perigoso, a avaliação (**pelo magistrado**) da significância do valor subtraído (**que pertence à vítima**)”.

Sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal, ASSIS emitiu o seguinte parecer:

(...) no RHC 89.624/RS (...) ao prever a possibilidade (**já em 1969**) da aplicação do princípio da insignificância, o CPM o fez levando em conta o **reduzido valor da res furtiva**, taxando-a em 10% do salário mínimo. Não se diga que este dispositivo está derogado pela nova ordem constitucional, pois é o próprio STF que passou a se referir a percentual do salário mínimo para aplicar a insignificância (HC 89.104/RS; RTJ 192/963-964). A decisão da Corte passou ao largo do que foi previsto no Código Penal Militar, rubricando inclusive como **furto atenuado** (art. 240, § 1º, CPM).

Por fim, no HC 89.104/RS, a decisão do relator que concedeu a liminar, suspendendo o andamento da ação penal militar, valeu-se, inclusive, de uma interpretação que desconsiderou para aplicação do aludido princípio da insignificância – como causa supra legal de exclusão de tipicidade, o momento posterior ao crime. A ementa da decisão monocrática destacou que o valor de R\$ 59,00 (**de um celular furtado**), equivalia a 16,85% do salário mínimo, e este percentual era o da data da decisão. O inteiro teor da decisão permite identificar todavia, que na data do furto, o percentual era de 22,69% do salário mínimo, diga-se de passagem, os dois percentuais são superiores ao fixado pelo legislador penal militar.²⁰⁴

O autor questiona se o magistrado pode se substituir à lei para avaliar o prejuízo alheio. “Sabendo que um recruta do Exército, por exemplo, recebe atualmente cerca de R\$ 200 reais por mês, furtos de R\$ 50, R\$ 100 ou R\$ 150 reais, serão para ele (a vítima) insuficientes?”²⁰⁵

ASSIS conclui que não é o valor monetário da *res* fator decisivo para selar o destino do agente, mas o relevante prejuízo para as Forças Armadas e para a sociedade em geral:

O “amigo do alheio militar” não se compara ao ladrão comum. Este, se descuidista, sarrupia, conforme lhe favorece a ocasião ou, predeterminado, escala, rompe obstáculo, desprovido de qualquer obrigação que não seja a do seu ato, se descoberto. Aquele, ao se apossar do que não lhe pertence, fe-re, ao menos, três deveres igualmente importantes: seu dever de ofício, comum a todos os servidores públicos (art. 37, CF); seu dever de lealdade

²⁰³ Idem, ibidem, p. 52.

²⁰⁴ Idem, ibidem, p. 52-53.

²⁰⁵ Idem, ibidem, p. 53.

para com a Pátria e com a sociedade que prometeu defender em juramento solene (art. 32 do Estatuto dos Militares) e; seu dever de lealdade com a Força a que pertence, lastreada na disciplina e hierarquia (art. 142, CF). Abstraindo-se de eufemismos, não há como deixar de concluir que o furto do gatuno fardado dificilmente será insignificante.

Com a devida vênia, ousamos discordar de alguns pontos apresentados pelo grande doutrinador.

Concordamos que vida na caserna é, com efeito, diferente daquela vivenciada pelos civis, o que se pode inferir imediatamente do texto do art. 142 da Constituição Federal, ao estipular que as instituições militares são regidas pela hierarquia e disciplina.

Para enfatizar esta diferença, trazemos à baila, a título exemplificativo, trecho do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina (Decreto Estadual n. 12.112/1980):

Art. 5º – A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, por postos e graduações.

Parágrafo único - A ordenação dos postos e graduações na Polícia Militar se faz conforme preceitua o Estatuto dos Policiais-Militares.

Art. 6º – A disciplina policial-militar é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo policial-militar.

§ 1º – São manifestações essenciais de disciplina:

- 1) a correção de atitudes;
- 2) a obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos;
- 3) a dedicação integral ao serviço;
- 4) a colaboração espontânea à disciplina coletiva e à eficiência da instituição;
- 5) a consciência das responsabilidades;
- 6) a rigorosa observância das prescrições regulamentares.

§ 2º – A disciplina e o respeito a hierarquia devem ser mantidos permanentemente pelos policiais-militares na ativa e na inatividade.

Art. 7º – As ordens devem ser prontamente obedecidas.

§ 1º – Cabe ao policial-militar a inteira responsabilidade pelas ordens que der e pelas conseqüências que delas advierem.

§ 2º – Cabe ao subordinado, ao receber uma ordem, solicitar os esclarecimentos necessários ao seu total entendimento e compreensão.

§ 3º – Quando a ordem importa em responsabilidade criminal para o executante, poderá o mesmo solicitar sua confirmação por escrito, cumprido à autoridade que a emitiu, atender à solicitação.

§ 4º – Cabe ao executante que exorbitar no cumprimento de ordem recebida a responsabilidade pelos excessos e abusos que cometer.

Fatos que podem parecer corriqueiros para não-militares, como transitar com roupas civis sem autorização no interior do quartel, configuram transgres-

sões puníveis no âmbito disciplinar, conforme se infere do Anexo 1 do referido diploma estadual, mais especificamente nos itens 121 e 122.

Da mesma forma, concordamos que o tipo previsto no art. 240 do Código Penal Militar possui uma tutela complexa de dois bens jurídicos, um imediato (patrimônio) e outro mediato (regularidade das instituições militares).

Afetando dois bens jurídicos tutelados constitucionalmente, é certo que o Código Penal militar estabelece penas corporais mais gravosas, se comparadas àquelas previstas no art. 155 do Código Penal comum, exatamente por já ter em conta as peculiaridades inerentes à condição de militar e as missões constitucionais a eles relegadas. Se assim não o fosse, bastaria haver previsão de crime de furto na lei penal comum, diga-se, plenamente aplicável ao militar nos casos omissos na legislação castrense.

Ao incidir no preceito primário do art. 240 do Código Penal Militar, o agente vulnera formalmente o patrimônio do ofendido, bem como a regularidade das instituições militares, o que não significa dizer que materialmente toda e qualquer infração tenha um resultado grave a ponto de necessitar da tutela penal.

Não se olvide que um ilícito militar é mais grave que o praticado pelo civil, mas não necessariamente a gravidade tornará imperativa a incidência do direito penal militar.

Pensamos que para se decidir pela viabilidade de aplicação, ou não, do princípio da insignificância, a melhor medida seria avaliar primeiramente, e com prevalência, o resultado da vulneração imposta ao patrimônio, que não necessita ficar adstrito à previsão legal do § 1º do art. 240 do Código Penal Militar (um décimo do salário mínimo vigente à época do ilícito), tendo em vista os novos postulados de política criminal, que buscam superar o positivismo arraigado e entrar em contato com a realidade social para sua efetiva pacificação. Fica relegado ao segundo plano, portanto, verificar a extensão do dano causado à regularidade da instituição militar.

Salvo melhor juízo, o âmbito privilegiado para prevenir atos que causem danos à hierarquia, disciplina e missão constitucional dos militares é o administrativo disciplinar, seja por aplicação dos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal militar, seja porque aqueles indivíduos afeitos à vida castrense possuem melhores condições de precisar o abalo causado à instituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios jurídicos são mandamentos nucleares de um sistema, consistindo em disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe tônica e sentido harmônico.

Dentre as categorias de princípios, há aqueles implícitos no ordenamento jurídico, ou seja, aqueles que embora não expressamente referidos, tem sua existência inferida pela análise dos demais princípios expressos. A Constituição Federal, no art. 5º, § 2º, dá suporte legal à existência de princípios implícitos, ao prever que “os direitos e garantias expressas nesta Constituição **não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Com isso em mente, verifica-se que a Carta Política adota um sistema aberto de normas e princípios, o que fornece suporte rigoroso para a resolução de problemas metódicos, porque permite ao texto constitucional adaptação e renovação, de forma que regule efetivamente a realidade social em dado momento histórico.

Assim, a interpretação e a concretização das normas constitucionais vem revelando os princípios latentes nos meandros da Constituição de 1988, utilizados para composição de novos problemas concretos, surgidos em razão dos avanços das técnicas jurídicas e da sociedade como um todo; dentre eles, emerge o prodígio princípio da insignificância, consectário de princípios penais constitucionais expressos.

A origem do princípio da insignificância, segundo vertente majoritária da doutrina nacional, remonta o direito romano, pois o pretor não se ocupava de situações insignificantes, máxima traduzida pelo brocardo romanístico *minimis non curat praetor*.

Todavia, apoiado em outro entendimento presente na elaboração doutrinária pátria e alienígena, entendemos que sua origem seja mais consentânea com o pensamento dos juristas do Renascimento (propiciada pelas condições culturais e

ideológicas que a eles se apresentavam), especialmente no que concerne às construções do princípio da legalidade e da natureza fragmentária do direito penal.

Verificada a origem do princípio da insignificância, viável a definição de seu conceito, este construído com precisão pelo eminente jurista Carlos Vicos Mañas: “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 relevantes os bens jurídicos protegidos pelo direito penal”.

Importante verificar, também, os preceitos constitucionais penais fundamentadores do princípio da insignificância, quais sejam, igualdade, liberdade, razoabilidade, fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade.

O princípio da igualdade se insere na insignificância para lhe conferir uma dimensão material, na medida em que leva em consideração o desigual grau de ofensividade das condutas típicas praticadas, realizando, portanto, um juízo crítico sobre a utilidade e justiça de se apenar determinada conduta insignificante, evitando, assim, sancionamento em grau maior que a reprovabilidade da conduta típica.

O princípio da liberdade atua para evitar que este valor intrínseco do modelo construtivo da sociedade brasileira seja indevidamente atingido por condutas penalmente insignificantes.

O princípio da razoabilidade atua mais como vetor de interpretação das normas do Direito, estas que não se conciliam com a inflexibilidade e com o império de lógica pura. Assim, a razoabilidade opera uma redução da normatividade positiva, através de métodos reconhecedores e desconhecedores da relevância ético-jurídica de fatos praticados.

O princípio da fragmentariedade se elabora na seleção de bens jurídicos a serem defendidos penalmente, que depende da vulneração ser considerada socialmente intolerável, ou seja, as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização, ao passo que as demais situações são tuteladas por outros ramos da ciência jurídica. Ainda assim, a produção legislativa é abstrata, abarcando condutas de somenos importância, momento em que o princípio da insignificância passa a atuar, evitando, por meio da interpreta-

ção restritiva dos tipos penais, que atos insignificantes sejam apenados com restrição de liberdade.

O princípio da subsidiariedade, que decorre da fragmentariedade, significa que a tutela penal só deve ter lugar quando as medidas cíveis e administrativas não surtirem efeito na proteção do bem jurídico atacado.

O princípio da proporcionalidade (denominado em sentido amplo de proibição de excesso), por derradeiro, apresenta-se sobre dois espectros: o primeiro na adequação típica das condutas às descrições das normas; o segundo na atenuação dos rigores sancionatórios abstratos. O princípio da insignificância atua, portanto, materialmente os postulados da proporcionalidade.

Em suma, todos eles recebem concreção material através do princípio da insignificância, cujo intuito norteador, como já referido, é evitar que condutas consideradas de insignificante afetação ao bem jurídico tutelado determinem a incidência de sanção penal.

Estabelecidos os fundamentos do princípio da insignificância, pondera-se que os critérios de reconhecimento se vinculam à idéia de tipicidade, mais especificamente às concepções de desvalor da ação e desvalor do resultado.

O índice desvalor da ação refere-se ao grau de probabilidade da conduta para realizar o evento na concreta modalidade lesiva assumida pelo agente. O índice desvalor do resultado é inferido da importância do bem jurídico atacado e da gravidade do dano provocado

Deve-se realizar uma avaliação destes índices nas condutas ilícitas realizadas, para se aferir o grau quantitativo-qualitativo de sua lesividade em relação ao bem jurídico atacado. Aplica-se a insignificância, portanto, quando um dos índices evidenciar lesão insignificante ao bem tutelado.

Relevante verificar a natureza jurídico-penal do princípio da insignificância, previsto na teoria geral do delito sob o ângulo de três vertentes distintas, que o consideram, respectivamente, excludente de tipicidade, excludente de antijuridicidade e excludente de culpabilidade.

Em que pese as virtudes inerentes a cada uma dessas elaborações doutrinárias, todas elas representadas por grandes expoentes do pensamento jurídico brasileiro, o princípio da insignificância insere-se no juízo de tipicidade penal, pois a relevância da conduta típica realizada é o primeiro juízo normativo que o intérprete

exerce, para então continuar a avaliação de tipicidade. Age, portanto, como causa de exclusão da tipicidade.

As críticas ao princípio da insignificância, embora dotadas de embasamento jurídico, não têm o condão de afastar esta ferramenta de redução do direito penal, que opera como limite tático das condutas abstratas dispostas na legislação positivada.

Passando-se ao âmbito do direito penal militar, cumpre ressaltar que as instituições militares exercem função de importância ímpar na manutenção do Estado, e por sua atribuição constitucional, assim como pelas peculiaridades inerentes ao exercício do seu mister, possuem regulamentação específica capaz de tutelar os seus interesses.

Assim, conclui-se que o direito penal militar possui uma categoria de bens jurídicos específicos, de cuja violação nasce o *delictum proprium*, essencialmente militar.

Esses fatos refletem na especialidade do direito penal militar, que não decorre só de sua aplicabilidade específica uma classe ou categoria de indivíduos, mas também pela natureza diferenciada do bem jurídico tutelado.

Já nos meandros do direito penal militar, verificamos a divisão entre crimes propriamente militares e impropriamente militares. Os propriamente militares, por consequência lógica, somente podem ser cometidos por militares, porque dizem respeito particularmente à vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infração e da natureza peculiar do objeto danificado, que devia ser o serviço, a disciplina, a administração ou a economia militar. Os impropriamente militares consistem nas infrações penais previstas no Código Penal Militar que, não sendo específicas e funcionais da profissão do soldado, lesionam bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses.

A conceituação é importante, tendo em vista que o crime impropriamente militar é o divisor de águas entre o direito penal comum e o militar, porque delimita quando determinada conduta viola, ou não, bem ou interesse militar.

O crime objeto do presente trabalho de conclusão de curso se configura como impropriamente militar, qual seja, furto, previsto no art. 240 do Código Penal Militar e, na legislação penal comum, no art. 155 do Código Penal.

O furto praticado no âmbito militar possui duas diferenças marcantes. A primeira concerne aos bens jurídicos tutelados, isto porque a tutela imediata é o patrimônio, existindo em segundo plano a tutela mediata da regularidade das instituições militares, esta que é a tônica do Código Penal militar.

A regularidade das instituições militares se calca nas missões constitucionais a elas atribuídas; pode ser entendida, pois, como a condição necessária, tanto interna como externamente, para que determinada instituição militar cumpra seu escopo constitucional, não turbando os direitos fundamentais, exceto quando a lei o permitir.

A segunda diferença, da mais alta relevância, é que a legislação penal militar é considerada uma das primeiras a prever expressamente o princípio da insignificância, na medida em que permite afastar o caráter penal do furto, considerando-o mera infração disciplinar, esta de cunho administrativo.

Os requisitos para esse afastamento do caráter penal são restritivos: em um dos dispositivos, são necessários primariedade do agente e pequeno valor da coisa furtada, entendendo-se como pequeno valor aquele não excedente a um décimo da quantia mensal do mais alto salário do país; no outro, primariedade e restituição da coisa ao seu dono ou reparação do dano antes de instaurada a ação penal.

Todavia, as cortes pátrias, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, vêm aplicando o princípio da insignificância sem levar em conta as balizas rigorosamente restritivas dispostas na legislação castrense, não se prendendo aos valores ali estipulados.

Em razão disso, grande parte da doutrina militar vem atacando essas decisões, entendendo-as dissociadas dos valores militares específicos, porque a legislação militar não poderia se convaler por posições minimalistas.

Discorda-se dessas críticas, porque para se decidir pela viabilidade de aplicação, ou não, do princípio da insignificância, a melhor medida seria avaliar primeiramente, e com prevalência, o resultado da vulneração imposta ao patrimônio, que não necessita ficar adstrito à previsão legal do § 1º do art. 240 do Código Penal Militar (um décimo do salário mínimo vigente à época do ilícito), tendo em vista os novos postulados de política criminal, que buscam superar o positivismo arraigado e entrar em contato com a realidade social para sua efetiva pacificação. Relega-se ao

segundo plano, portanto, a extensão do dano causado à regularidade da instituição militar.

Salvo melhor juízo, o âmbito privilegiado para prevenir atos que causem danos à hierarquia, disciplina e missão constitucional dos militares é o administrativo disciplinar, seja por aplicação dos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal militar, seja porque aqueles indivíduos afeitos à vida castrense possuem melhores condições de precisar o abalo causado à instituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. **Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo: Lex, n. 94. p. 72-77, abr./jun./ 1988. p. 73.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao código penal militar: parte especial**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

ASSIS, Jorge César. O STF e o princípio da insignificância no crime militar de furto: significância de suas decisões. **Revista de Estudos e Informações**. Belo Horizonte, n. 20, p. 50-53, nov./2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito consitucional**. 19. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Habeas Corpus* n. 2006.01.0342028-RS. Fabrício Acioly de Mendonça. Relator: Ministro Valdesio Guilherme de Figueiredo. DJ, 25 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.stm.jus.br>>. Acesso em: 21 nov. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Recurso Criminal n. 2000.01.006700-6. Relator: Ministro Germano Arnoldi Pedrozo. Cb FN João Carlos Lopes Martins e Ministério Público Militar. DJ, 17 mai. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 89.624-3/RS. Fabrício Acioly de Mendonça e Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. DJ, 7 dez. 2006. Por maioria de votos, a Turma deu provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, nos termos do voto da Relatora, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, que lhe negavam provimento. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 21 nov. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n. 89.104/RS. Márcio Xavier de Oliveira e Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 19 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 21 nov. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. vol. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime militar**. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

DALBORA, José Luís Guzmán. La insignificância: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14. p. 41-81, abr./jun./ 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial. vol 1. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Delitos de bagatela, princípio da insignificância e princípio da irrelevância penal do fato**. Disponível em <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008145549539p>. Acesso em: 21 nov 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Requisitos da tipicidade penal consoante a teoria constitucionalista do delito**. Disponível em: <<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=2006013017430020>>. Acesso em: 21 nov 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, número especial de lançamento, 1992.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal**: volume 1, t. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. vol. 1. 29. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 3. ed. atualizada. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95, 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual.** 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAÑAS, Carlos Vicos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de direito penal militar: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2005.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal.** vol. 2. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. **Monografia jurídica: orientações metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** vol. 1. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** vol. 2. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRESTES, Cássio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 749 p..

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

ROTH, Ronaldo João. O princípio da insignificância e a polícia judiciária militar. **Revista Direito Militar.** Brasília, v. 1, n. 5, p. 31-43, mai./jun./ 1997.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2006.