

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e
Processo Penal

ADRIANA BARCELLOS ALVES

CRIME DE FURTO:
Atipicidade em Razão da Aplicação do
Princípio da Insignificância

BRASÍLIA – DF
2011

ADRIANA BARCELLOS ALVES

**CRIME DE FURTO:
Atipicidade em Razão da Aplicação do
Princípio da Insignificância**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal no Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* de Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientador: Prof. Flávio Maltez Coca

**BRASÍLIA – DF
2011**

ADRIANA BARCELLOS ALVES

**CRIME DE FURTO:
Atipicidade em Razão da Aplicação do
Princípio da Insignificância**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal no Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* de Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientador: Prof. Flávio Maltez Coca

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

**BRASÍLIA – DF
2011**

Dedico o presente trabalho à minha família, especialmente à minha mãe e ao meu marido, cujo apoio e companheirismo foram fundamentais para mais esta conquista em minha vida.

Agradeço à Professora Inês da Fonseca Porto pelas elucidativas aulas de Metodologia do Ensino e da Pesquisa em Direito e valiosa dedicação aos seus alunos.

Assim o jurista: como todo cultor de ciência relacionada com a vida do homem em comunidade, não poderá fechar os olhos à realidade; acima das frases, dos conceitos, impõem-se, incoercíveis, as necessidades dia a dia renovadas pela coexistência humana, proteiforme, complexa.

Carlos Maximiliano

Resumo

O presente trabalho busca demonstrar que, resultado de uma construção doutrinária, o princípio da insignificância permite excluir a tipicidade do fato que, por sua irrelevância, não atinge efetivamente o bem jurídico, sendo, assim, fato irreprovável. Como metodologia foram utilizadas a dogmática ou instrumental quanto ao tipo, monográfica quanto ao método e bibliográfica quanto à fonte. O princípio em tela tem mostrado grande relevância no atual cenário político-criminal, sendo tema de recorrente discussão no ordenamento jurídico pátrio, pois visa descriminalizar condutas, mesmo que sejam formalmente típicas, evitando que casos de baixa lesividade a bens jurídicos protegidos sobrecarreguem o sistema jurídico penal brasileiro já tão assoberbado, bem como os consequentes prejuízos causados ao indivíduo. Vincula-se ao movimento político que busca um direito penal mínimo tendo como corolário a evolução do Direito Penal na sociedade, com o objetivo de não haver uma banalização criminosa, bem como injustiça na condenação. Trata-se de instrumento de interpretação restritiva do Direito Penal e, à luz da doutrina e jurisprudência pátrias, a aplicabilidade do princípio da insignificância deverá ser verificada no caso concreto, de acordo com suas especificidades. É analisado o comportamento praticado pelo indivíduo, sua conduta e o prejuízo causado por ela. Especificamente, o crime de furto não pode ser considerado abstratamente um crime de bagatela, pois nem toda conduta que se subsume ao artigo 155 do Código Penal é alcançada pelo princípio da insignificância.

Palavras-chave: princípio. insignificância. política criminal. direito penal mínimo. baixa lesividade. atipicidade material. aplicação restritiva. doutrina. jurisprudência. caso concreto. crime de furto.

Abstract

This paper seeks to demonstrate that the result of an academic work the principle of insignificance excludes the uniqueness of the fact that its irrelevance by not effectively reach the legal fact and thus irreproachable. Methodology was used as the instrumental or dogmatic as to the type in method and monographic literature as the source. The first screen has shown great relevance in today's political-criminal applicant was the subject of discussion in the legal mother because it seeks to decriminalize conduct even if they are formally avoiding typical cases of low harmfulness to the legal rights protected from overloading the criminal justice system such as Brazilian overwhelmed and the consequent damage to the individual. Binds to the political movement that seeks a minimum criminal law with a corresponding evolution of criminal law in society with the goal of not having a trivialization and injustice in criminal sentencing. It is an instrument of restrictive interpretation of Penal Law and in light of the doctrine and jurisprudence homelands applicability of the bickering should be checked in this case according to its specifications. It analyzes the behavior practiced by individuals, their conduct and the harm caused by it. Specifically, the crime of theft can not be considered abstractly a crime trifle since not all conduct that is subsumed under article 155 of the Penal Code is achieved by the principle of insignificance.

Keywords: principle. insignificance. criminal policy. criminal law minimum. low harmfulness. atypicality material. restrictive application. doctrine. jurisprudence. concrete case. crime of theft.

Sumário

Introdução.....	9
1 Dos crimes contra o patrimônio	
1.1 Missão do direito penal, conteúdo material do delito e a tutela do patrimônio.....	12
1.2 O crime de furto.....	16
2 Princípios fundamentais do direito penal do equilíbrio	
2.1 A natureza subsidiária do direito penal e o princípio da intervenção mínima.....	35
2.2 Princípio da insignificância – origem e natureza jurídica.....	39
3 Atipicidade da conduta face à aplicabilidade do princípio da insignificância	
3.1 Relevância jurídico-penal do princípio da insignificância no caso concreto..	45
3.2 Posicionamentos dos tribunais superiores e caso concreto.....	51
Conclusão.....	66
Referências.....	68

INTRODUÇÃO

Por oportunidade de trabalho realizado na Corregedoria da Agência Nacional de Telecomunicações-Anatel, cujas atribuições abarcavam a condução de processos disciplinares onde, subsidiariamente, fazia-se consulta à doutrina e à jurisprudência atinente ao Direito Penal e Processual Penal especificamente, aplicando-as subsidiariamente, iniciou-se um contato prático com esses ramos do Direito.

Iniciado o curso de pós-graduação, especialmente nas aulas de Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Penal, também foram estudados casos concretos e, desde então, verificou-se, dentre os temas atinentes, aquele que pudesse despertar interesse no seu aprofundamento o que culminou, especialmente, no estudo da aplicabilidade do princípio da insignificância ou da bagatela.

Somado a isso, a escolha do tema se deu também devido ao fato de que, em que pese a ausência de previsão legal, o que se observa na política criminal brasileira é a busca de um equilíbrio entre um direito penal baseado no princípio constitucional implícito de intervenção mínima, que garanta os direitos fundamentais e individuais e, por outro lado, garanta a devida segurança à sociedade.

Trata-se de um princípio implícito na Constituição Federal, pois está integrado aos fundamentos do Estado Democrático de Direito e tenta resguardar a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade da aplicação da pena aos casos de mínima lesão à bem jurídico tutelado.

Ademais, face às desigualdades sociais, relevante faz-se ponderar sobre a aplicação da lei penal para que não se cometam injustiças, pois algumas condutas não são lesivas ao bem jurídico tutelado, não vindo a demonstrar a periculosidade dos seus agentes, motivo pelo qual não se faz *mister* a atuação estatal.

E, diante do atual cenário político, social e jurídico-penal questiona-se se o Direito Penal apenas deve ser empregado quando fracassam todos os outros meios político-sociais de coibição de um comportamento social criminoso (*ultima ratio*). De igual modo devem-se preferir, no lugar da punição, todas as medidas que possam evitar uma perturbação social, mas que tragam para o agente consequências menos nocivas? E qual o âmbito de aplicação do princípio da insignificância? Ele é de solução ampla? Ou há a necessidade de se averiguar sua plausibilidade no caso concreto?

Inicialmente, foram efetuadas pesquisas doutrinárias e encontrados muitos julgados sobre o princípio da insignificância. Na Suprema Corte, como exemplo, encontra-se sua aplicabilidade nos casos de furto simples (*Habeas Corpus* - HC 92463), moeda falsa (*Habeas Corpus* -HC 83526), etc., que traz muitos benefícios para a sociedade como um todo e alguns serão discorridos como parte deste trabalho.

Será abordada a aplicabilidade do princípio da insignificância especificamente no crime de furto e para isso, os instrumentos utilizados serão a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores. De outro giro, não será tema do trabalho a utilização do citado instituto da insignificância nos demais crimes que admitem sua aplicabilidade, como o citado exemplo de moeda falsa.

A pesquisa levada a efeito foi dogmática ou instrumental, quanto ao tipo, calcada na doutrina, legislação e jurisprudência; monográfica, quanto ao método, com adição de casos concretos em decisões judiciais a título exemplificativo ao longo do desenvolvimento e bibliográfica, quanto à fonte, com inclusão de artigos publicados em *internet* e livros doutrinários.

O trabalho foi dividido em três partes principais, quais sejam: a) os crimes contra o patrimônio, discorrendo-se sobre a missão do direito penal, conteúdo material do delito e a tutela do patrimônio, bem como se desenvolvendo sobre o crime de furto; b) os princípios fundamentais do direito penal do equilíbrio, relatando-se sobre a natureza subsidiária do direito penal, o princípio da intervenção mínima e o princípio da insignificância, sua origem e natureza jurídica; e por fim c) a atipicidade da conduta face à aplicabilidade do princípio da insignificância, a

relevância jurídico-penal do princípio da insignificância no caso concreto e os posicionamentos dos tribunais superiores e caso concreto.

1 DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

1.1 Missão do direito penal, conteúdo material do delito e a tutela do patrimônio

Na lição de Zaffaroni;Pierangeli¹, a função do direito penal para uns é a segurança jurídica, entendida como tutela primordial de bem jurídicos ou como tutela dos valores ético-sociais. Para outros a função é a defesa social, a proteção da sociedade.

Para os que defendem que a função do direito penal é a segurança jurídica, a pena deve dirigir-se aos que não delinquiram, como prevenção geral, não o façam. Neste caso, a pena deve ter conteúdo restritivo, devolvendo ao delinquente o mal que causou socialmente.

Para os partidários da defesa social, a pena deve dirigir-se aos que delinquiram para que não voltem a delinquir, em outras palavras, como prevenção especial. A pena deve ser reeducação e ressocialização, preparando o delinquente para que não volte a reincidir no delito.

É comum o entendimento entre os autores de que o fim da pena é a retribuição e o fim da execução da pena é a ressocialização (doutrina alemã).

Para Greco², o Direito Penal tem por finalidade proteger os bens mais importantes, necessários, essenciais para a própria sobrevivência da sociedade, sendo a pena o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade.

¹ ZAFFARONI. Eugênio Raúl. PIERANGELI. José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. p. 92/93.

² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. p. 4.

Objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, sob o ponto de vista político, porque a sociedade evolui a cada dia, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito.

No entendimento de Mirabete³, o fim do Direito Penal é a proteção da sociedade e, mais especificamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública etc.). Em caráter secundário, o Direito Penal tem uma aspiração ética, que significa evitar o cometimento de crimes que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados. Essa finalidade ética não é um fim em si mesma, mas sim é a razão da prevenção penal, da tutela penal aos bens jurídicos preeminentes.

Leciona, também, Greco que teve início com Birnbaum, em 1834, esse raciocínio sobre a finalidade protetiva de bens jurídicos atribuída ao Direito Penal e desde então a doutrina majoritária tem afirmado que esta é a finalidade do mesmo. Anteriormente, Feuerbach afirmava que o Direito Penal finalizava proteger direitos subjetivos, eis que o delito significava “uma lesão de um direito subjetivo alheio”⁴.

Nesse sentido, na lição complementar de Fernando Capez⁵:

A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça.

Como bem define Zaffaroni; Pierangeli⁶, o bem jurídico, conceito central da teoria do tipo, penalmente tutelado “é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revele seu interesse mediante a tipificação penal das condutas que o afetam”.

³ MIRABETE. Júlio Fabbrini. *Manual do direito penal*. p. 23

⁴ GRECO, Rogério. apud FERNANDÉS, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. p. 12.

⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. p. 1

⁶ ZAFFARONI. Eugênio Raúl. PIERANGELI. José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. p. 464.

Cabe ao legislador fazer a escolha dos bens fundamentais ao convívio em sociedade, cujo critério não é completamente seguro, uma vez que imbuído de uma conotação subjetiva, onde Greco afirma que a primeira fonte de pesquisa encontra-se na Constituição.⁷

Ressalta Greco que a Constituição exerce duplo papel: orienta o legislador elegendo valores indispensáveis à manutenção da sociedade e, de acordo com a concepção garantista do Direito Penal, não permite que o legislador, com suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha certos comportamentos, que vão de encontro com direitos fundamentais igualmente consagrados pela própria Carta Magna.

Dentre os direitos fundamentais abrigados pela Constituição Federal, encontra-se o direito de propriedade. É o que depreendemos do disposto no *caput* do artigo 5.º abaixo transcrito:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito** à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes.

Colhem-se, assim, na ordem constitucional brasileira, os direitos que fundamentam a penalização do desrespeito ao patrimônio das pessoas, que é tudo aquilo que possui valor econômico, sendo o principal deles o direito à inviolabilidade da propriedade.⁸

Nesse sentido, vem o direito penal tutelar e proteger o direito de propriedade especificamente no Título II do Código Penal pátrio. E dentre os crimes contra o patrimônio, o furto merece atenção por ser muito corriqueiro na sociedade consumista, havendo um evidente desvalor da conduta do agente, o que fica evidente no panorama carcerário brasileiro.

⁷ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. p. 6.

⁸ SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Considerações acerca da disciplina dos crimes de furto, roubo e extorsão no Código Penal Brasileiro. Acesso em: 22 out. 2010.

Define-se como propriedade o conjunto dos direitos inerentes ao uso, gozo e disposição dos bens e como posse a exteriorização desses direitos, sendo necessário que tal posse seja legítima.⁹

Cumpra consignar, como lembrado por Mirabete¹⁰, que patrimônio inclui não somente a propriedade e os direitos reais (servidão, uso, usufruto, penhor etc.) como também os direitos obrigacionais (como o contrato).

Para Zaffaroni;Pierangeli¹¹, tem-se que o bem jurídico não é a propriedade, mas, sim, o direito de dispor dos próprios direitos patrimoniais. Desse modo, o direito penal sanciona àquele que impede alguém de dispor de seu patrimônio.

Em outras palavras, “os bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos”. Assim, se uma conduta impede ou perturba a disposição de um objeto, afeta o bem jurídico e algumas delas (condutas) são proibidas pela norma que cria o tipo penal.

Definindo patrimônio, leciona Nucci¹² que é o “conjunto de bens suscetíveis de apreciação econômica”.

Para tutelar o patrimônio, o Código Penal Pátrio previu os artigos 155 a 180 (Dos crimes contra o patrimônio), além da propriedade imaterial (Título III-artigo 184-violação de direito autoral e lei especial: Decreto-lei n.º 7.903, de 28/08/1945). Mais especificamente, são os seguintes crimes: o furto (artigos 155 e 156), o roubo (artigo 157), a extorsão (artigos 158, 159 e 160), a usurpação (artigos 161 a 162), o dano (artigos 163 a 167), a apropriação indébita (artigo 168 a 170), o estelionato e outras fraudes (artigos 171 a 179) e a receptação (artigo 180).

Registre-se, por oportuno, que no Código Penal os artigos 181 a 183 são aplicáveis aos crimes contra o patrimônio, como a seguir explicitados.

⁹ JESUS. Damásio E. de. *Direito penal*. p. 220.

¹⁰ MIRABETE. Júlio Fabbrini. *Manual do direito penal*. p. 201

¹¹ ZAFFARONI. Eugênio Raúl. PIERANGELI. José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. p. 465.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. p. 619

O artigo 181 trata da escusa absolutória, que isenta de pena o sujeito que praticar o crime contra o patrimônio do cônjuge, na constância da sociedade conjugal, de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, civil ou natural.

Por advento do artigo 182, torna condicionada à representação a ação pública de iniciativa pública incondicionada no caso do crime cometido em prejuízo do cônjuge, mesmo que separados, irmãos, legítimos o não, tio ou sobrinho com quem o agente coabita.

Segundo o artigo 183 do Código Penal, tais regras não serão aplicáveis quando o crime for de roubo ou extorsão, ou, em geral, quando houver emprego de grave ameaça ou de violência à pessoa e, ainda, não serão aplicáveis ao terceiro que participou do crime.

A Lei n.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003, o “Estatuto do Idoso”, incluiu o inciso III no artigo 183, fazendo com que, em sendo o crime praticado contra pessoa de sessenta anos ou mais, as regras antecedentes dos artigos 181 e 182 também não serão aplicáveis e o crime será de ação pública incondicionada e será, conseqüentemente, punível.

1.2 O crime de furto

No conceito de crime de furto está envolvida uma noção de valor material econômico do bem, cumprindo como necessário a tipificação deste crime no Código Penal Brasileiro, que assim dispõe no artigo 155 e 156:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso 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 aplicar somente a pena de multa.

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

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

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

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

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

Furto de coisa comum

Art. 156 - Subtrair o condômino, co-herdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

§ 1º - Somente se procede mediante representação.

§ 2º - Não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente.

A literalidade do artigo 155 *caput* do Código Penal já traz a definição do furto simples ou em seu tipo fundamental. Tal prática delituosa objetiva o apoderamento definitivo da coisa.

Na espécie, embora haja divergências na doutrina, entende-se que os dispositivos legais do Código Penal protegem tanto a propriedade quanto a posse, bem como a própria detenção¹³. Para Damásio¹⁴, a posse é o objetivo jurídico imediato e a propriedade o objetivo secundário.

Não importa se a vítima possua a coisa em nome próprio ou alheio ou, ainda, que se trate de posse ilegítima, é suficiente que o apoderamento do agente constitua ato ilegal. Assim, pratica furto o “ladrão que furta ladrão”, até porque a

¹³ Nesse sentido: DELMANTO. Celso; DELMANTO. Roberto; DELMANTO JÚNIOR. Roberto; DELMANTO. Fábio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. p. 310.

¹⁴ JESUS. Damásio E. de. *Código penal anotado*. p. 541.

segunda subtração torna mais distante do legítimo proprietário, possuidor ou detentor.¹⁵

Tem-se, também, como colacionado acima, além do furto simples, os seguintes tipos penais de furto: o privilegiado, também denominado de furto mínimo, ou de coisa de pequeno valor (parágrafo 2.º do artigo 155) e os qualificados descritos nos parágrafos 1.º, 4.º e 5.º. Acrescente-se que a norma do parágrafo 3.º do mesmo artigo, é complementar ou explicativa.¹⁶

Com exceção do proprietário, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de furto. No caso do proprietário, no caso, poder-se-ia enquadrá-lo em outro crime, artigo 346 do Código Penal (exercício arbitrário das próprias razões), pois pela descrição típica do artigo 155, a coisa deve ser alheia e não própria.

De outro giro, se o sujeito encontra-se na posse ou detenção do bem, responderá pelo delito de apropriação indébita (artigo 168, do Código Penal).

E não se trata de um delito próprio, pois não há na sua definição legal especificação sobre a qualidade do autor. O sujeito passivo pode ser tanto pessoa física quanto jurídica, titular da propriedade ou da posse ou, ainda, da detenção.

O objeto material do furto é a coisa móvel, que poderá ser qualquer substância corpórea, material ou materializável, mesmo que não seja tangível, suscetível de apreciação e transporte (corpos gasosos, instrumentos, títulos etc.).¹⁷ Como outro exemplo, Nucci¹⁸ cita os semoventes.

E, por força do § 3.º, do artigo 155, do Código Penal que, como dito, é norma complementar ou explicativa, a energia elétrica ou outras de valor econômico são equiparadas a coisa móvel. Contudo, coisa móvel, devido à sua significação penal realista, não abrange as presunções da lei civil.¹⁹

¹⁵ MIRABETE. Júlio Fabbrini. *Manual do direito penal*. p. 202

¹⁶ JESUS. Damásio E. de. *Direito penal*. p. 220.

¹⁷ PANICO. Denise Esteves C. Crimes contra o patrimônio. Acesso em: 29 mai. 2010.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. p. 619

¹⁹ DELMANTO. Celso; DELMANTO. Roberto; DELMANTO JÚNIOR. Roberto; DELMANTO. Fábio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. p. 310.

Não pode o homem vivo ser objeto material do furto, por não se tratar de coisa. Dependendo do caso concreto poderá o agente responder por sequestro ou cárcere privado (artigo 148, do Código Penal) ou por subtração de incapazes (artigo 249, do Código Penal).²⁰

Excepcionalmente, se o cadáver pertencer a alguém ou estiver na posse legítima de alguém e, ainda, tiver valor econômico, como, por exemplo, numa faculdade de medicina para estudos científicos, este pode ser objeto material de furto. Entretanto, em regra, a subtração de cadáver constitui crime contra o respeito aos mortos (CP, artigo 211).²¹

Como adendo, para o Código Penal, constituem coisas móveis as apólices da dívida pública oneradas com a cláusula de inalienabilidade (CC, art. 44, II), os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele mesmo se reempregarem (CC, art. 46), os navios (CC, art. 810, VII) e as aeronaves, não obstante afirmar o legislador civil que são imóveis e os minerais do solo e os semoventes. Os sujeitos que subtraírem tais coisas responderão pelo crime de furto.²²

Os direitos não podem ser furtados, entretanto, podem ser objeto material de furto os títulos que os representem²³, ainda que nominativos²⁴.

Impende consignar que a coisa móvel deverá ter algum valor econômico.²⁵ Porém, os objetos que têm valor de afeição, embora sem valor econômico, podem ser objeto material de furto, bem como a coisa que só tem utilidade para quem a detém.²⁶

O elemento normativo do tipo em tela é a qualidade de alheia. É imprescindível demonstrar que a coisa pertencia a outrem. Sem essa elementar, ou o fato é atípico ou constitui outro crime, como o exercício arbitrário das próprias

²⁰ JESUS. Damásio E. de. *Código penal anotado*. p. 542

²¹ *Id. ibid.* p. 542

²² *Id. Direito penal*. p. 222

²³ DELMANTO. Celso; DELMANTO. Roberto; DELMANTO JÚNIOR. Roberto; DELMANTO. Fábio Machado de Almeida. *Loc. cit.*

²⁴ MIRABETE. Júlio Fabbrini. *Manual do direito penal*. p. 203

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. p. 619

²⁶ JESUS. Damásio E. de. *Op. cit.* p. 543

razões anteriormente citado (artigo 346, do Código Penal), e se a subtração de coisa própria estiver na hipótese de configurar delito contra a administração da justiça.

A *res nullius* (coisa de ninguém), a *res derelicta* (coisa abandonada), a *res desperdita* (coisa perdida) e a *res commune omnium* (coisa de uso comum) não podem ser objeto material de furto. Não há crime, porque não há objeto jurídico (coisa alheia móvel). De acordo com o que preceitua o artigo 1.263 do Código Civil, "quem se assenhorear de coisa sem dono, para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei".

Se o indivíduo pensar que a coisa não tinha dono ou era abandonada, não há crime. Trata-se de erro de tipo essencial.²⁷

E, ainda, quanto à *res desperdita* (coisa perdida), quando apanhada pelo sujeito, constitui apropriação indébita de coisa achada, na forma do que prevê o artigo 169, parágrafo único, inciso II, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 169 - Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre:

(...)

Apropriação de coisa achada

II - quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias.

O núcleo do tipo é o verbo subtrair que, em outras palavras, significa tirar, retirar (de alguém). Tal conduta pode ser direta, no caso do sujeito pessoalmente subtrair a coisa ou indireta quando o sujeito se vale de algo para a subtração, por exemplo animal adestrado,²⁸ ou, ainda, instrumentos, aparelhos ou máquinas²⁹.

²⁷ DELMANTO. Celso; DELMANTO. Roberto; DELMANTO JÚNIOR. Roberto; DELMANTO. Fábio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. p. 311

²⁸ JESUS. Damásio E. de. *Código penal anotado*. p. 545.

²⁹ MIRABETE. Júlio Fabbrini. *Manual do direito penal*. p. 202

O dolo é o elemento subjetivo do tipo delitual de furto. Consiste na vontade livre e consciente de subtrair (dolo geral) a coisa móvel, abrangendo o elemento normativo do tipo, que é a qualidade de alheia. No caso de supor que a coisa é própria e não sabendo se tratar de alheia, há erro de tipo, que exclui o dolo. A ausência deste torna a conduta atípica, excluindo o crime

Além do dolo geral, há exigência de outro elemento subjetivo do injusto (dolo específico), que está contido na elementar "para si ou para outrem", que indica o fim posterior de propriedade ilegítima definitiva (*animus rem sibi habendi ou animus furandi*)³⁰ do agente e independe de intuito de lucro. O motivo que levou o sujeito ao crime é anterior e é totalmente irrelevante para a existência do delito. Não existe a forma culposa.³¹

Há doutrinadores como Capez³², assim como a jurisprudência majoritária, inclusive adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendem como consumado o crime quando houver a subtração e a posse mansa e tranquila da coisa, mesmo que por breve tempo, apesar do tipo penal não fazer esta exigência.

Doutrinariamente qualificando, o crime de furto é material, pois o tipo descreve o comportamento e o resultado pretendido pelo agente, exigindo a sua produção e o conseqüente desfalque no patrimônio alheio. Também é instantâneo: o momento consumativo ocorre em determinado instante, não se prolonga no tempo.

De outro giro, há também a sustentação de que a consumação se dá no momento em que o objeto material é retirado da esfera de posse e disponibilidade do sujeito passivo, ingressando na livre disponibilidade do autor, ainda que este não obtenha a posse tranquila, exigindo, em regra, o deslocamento da coisa, não se podendo concluir que o transporte da coisa seja imprescindível. Mas sim está consumado o delito quando a vítima não pode mais exercer as faculdades inerentes à sua posse ou propriedade, não podendo mais dispor do objeto material.³³

³⁰ SIQUEIRA. Júlio Pinheiro Faro Homem de. Considerações acerca da disciplina dos crimes de furto, roubo e extorsão no Código Penal Brasileiro. Acesso em: 22 out. 2010

³¹ JESUS. Damásio E. de. *Direito penal*. p. 223

³² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. p. 374.

³³ JESUS. Damásio E. de. *Op. cit.* p. 223

De acordo com jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, considera-se consumado o crime de furto no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que não obtenha a posse tranquila, sendo prescindível para a caracterização do ilícito que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.

Nesse sentido citamos o REsp 932.031/RS, 5.^a T, Relator Ministro Felix Fischer, publicado no DJ de 14/04/2008:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 155, § 4º, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL. TENTATIVA. INOCORRÊNCIA. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 231/STJ. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE DO ROUBO COM CONCURSO DE AGENTES. IMPOSSIBILIDADE.

I - O delito de furto se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da *res* subtraída, pouco importando que a posse seja ou não mansa e pacífica.

II - Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a *res* saia da esfera de vigilância da vítima, bastando que cesse a clandestinidade (Precedentes do STJ e do c. Pretório Excelso).

III - "A jurisprudência do STF (cf. RE 102.490, 17.9.87, Moreira; HC 74.376, 1.^a T., Moreira, DJ 7.3.97; HC 89.653, 1.^a T., 6.3.07, Levandowski, DJ 23.03.07), dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada "esfera de vigilância da vítima" e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da "*res furtiva*", ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata" (cf. HC 89958/SP, 1.^a Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 27/04/2007).

IV - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula n.º 231 - STJ).

V - A qualificadora do § 4º do art. 155 do CP não se confunde, em seus efeitos, com a majorante do § 2º do art. 157 do CP. Recurso especial provido.

No mesmo sentido: Recurso Especial 716.146/SP, 6.^a T, Rel. Ministro Og Fernandes, publicado no DJ de 29/11/2010 e Agravo Regimental no Recurso Especial 890.439/RS, 6.^a T, Rel. Ministro Paulo Gallotti, publicado no DJ de 10/03/2008.

Admite-se em alguns casos, ainda, que não haja deslocamento material da coisa, no caso, por exemplo, de um empregado que vem a esconder em suas vestes

um objeto da loja de seu empregador. Embora o sujeito ativo ainda permaneça no local de trabalho, o objeto já saiu da esfera de disponibilidade da vítima.³⁴

Pode haver tentativa, por se tratar de delito material³⁵: quando o sujeito ativo não consegue, por circunstâncias alheias à sua vontade que impedem a execução do crime (artigo 14, inciso II, do Código Penal), retirar o objeto material da esfera de proteção e vigilância da vítima, submetendo-a à sua própria disponibilidade.

É possível o concurso material, formal e o nexos de continuidade. No caso do concurso material, pode existir com outros delitos, em outras palavras, há pluralidade de condutas e pluralidade de crimes, cuja punição resultará da soma das penas.

E é possível, também, que o furto concorra formalmente com outro: há unidade na conduta e pluralidade de crimes, aplicando-se a pena do delito mais grave com o aumento determinado na lei. Além disso, conforme as circunstâncias do caso concreto, reconhece-se o nexos de continuidade (artigo 71, do Código Penal).

Apenas-se o furto simples com reclusão, de um a quatro anos, e multa.

De acordo com a posição majoritária dos nossos tribunais, o Código Penal adotou, quanto ao crime continuado, a teoria objetiva pura, segundo a qual é deduzido "dos elementos constitutivos exteriores da homogeneidade" (Exposição de Motivos do CP de 1940, n.º 27). Assim entende-se que a existência do nexos de continuidade no furto depende unicamente da presença somente das condições objetivas homogêneas exigidas no art. 71 do Código Penal: "condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes".³⁶

A jurisprudência mais recente vem retomando o caminho mais ortodoxo na conceituação de crime continuado, para não se por em confusão com conceitos que se referem à reincidência e habitualidade.³⁷

³⁴ JESUS. Damásio E. de. *Direito penal*. p. 223/224

³⁵ MIRABETE. Júlio Fabbrini. *Manual do direito penal*. p. 205

³⁶ JESUS. Damásio E. de. *Op. cit.* p. 224

³⁷ *Id. ibid.* p. 225

Anteriormente previsto como delito (artigo 166, do Código Penal de 1969), o furto de uso na legislação pátria vigente não constitui crime. Trata-se de subtração de coisa infungível para fim de uso momentâneo (elemento subjetivo) e pronta restituição (elemento objetivo). Deve-se isso à exigência típica de o fato ser praticado pelo sujeito "para si ou para outrem", demonstrando a necessidade de que a conduta tenha a finalidade de assenhoreamento definitivo.³⁸

Se o furto for praticado durante o repouso noturno, período em que, à noite, as pessoas se recolhem para o descanso, de acordo com o parágrafo primeiro do artigo 155, do Código Penal, a pena aumenta-se de um terço. Fundamenta-se esta qualificadora na circunstância da maior facilidade para a prática do furto. Há, naturalmente, a diminuição da vigilância, bem como dos meios de defesa. O critério para conceituação dessa qualificadora, elemento normativo do tipo, dependerá do caso concreto, quando a decisão caberá ao juiz.

Damásio de Jesus³⁹ se filia a corrente de que é irrelevante que o fato se dê necessariamente em casa habitada ou desabitada ou, ainda, que ocorra durante o repouso dos moradores ou não. Torna-se suficiente que a subtração ocorra durante o "período de repouso noturno", "durante o tempo em que a cidade ou local repousa."⁴⁰

Isso porque a lei não visa à periculosidade do sujeito ou à tranquilidade da vítima, mas sim "à proteção do patrimônio (sujeito a maiores riscos durante a noite)" (RT, 449/445). Essa é a orientação da Exposição de Motivos do Código Penal: "É prevista como agravante especial do furto a circunstância de ter sido o crime praticado "durante o período do sossego noturno"."

Na doutrina, acompanham o posicionamento além de Magalhães Noronha Néelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso e Bento de Faria. Nesse sentido, também, é a orientação do STF (RTJ, 64/593).

³⁸ JESUS. Damásio E. de. *Direito penal*. p. 227

³⁹ *Id. ibid.* p. 227

⁴⁰ *Id. apud* Magalhães Noronha, *Direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, p. 227

Tal qualificadora do repouso noturno só é aplicável ao furto simples e não é extensível ao furto qualificado do parágrafo 4.º do artigo 155 do Código Penal.⁴¹

Impende consignar por oportuno que se praticado durante o repouso noturno, as penas são aumentadas de um terço.

Como adendo, comparativa e diferentemente no crime de violação de domicílio, o Código Penal se refere à qualificadora do fato cometido "à noite" (artigo 150, § 1.º). No furto, o Código Penal menciona a circunstância de o fato ser praticado durante o período de repouso noturno.

Em se tratando de furto privilegiado ou mínimo, nos termos do artigo 155, parágrafo 2.º, do Código Penal, se o criminoso é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, que são os dois requisitos, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. Contudo, a redução não se aplica à multa. Esta deve ser fixada nos termos do artigo 60 do mesmo dispositivo legal. O privilégio tanto pode incidir sobre o crime consumado ou tentado.

O conceito de primário pode ser inferido, de forma inversa, como aquele que não é reincidente.⁴² O conceito de reincidência, descrito no artigo 63, *caput*, do Código Penal, estabelece como o agente que pratica novo crime depois de transitar em julgado sentença que o tenha condenado por delito anterior. Não há que se confundir, contudo, reincidência com maus antecedentes, de modo que mesmo havendo maus antecedentes, se não for reincidente, poderá haver a causa de diminuição de pena, se também presente o requisito de "pequeno valor da coisa furtada".

Leciona Delmanto⁴³ que só não é primário quem pratica novo crime, depois de haver sido irrecorrivelmente condenado por crime anterior. E, no caso de reincidência, o condenado volta à qualidade de primário, após cinco anos do

⁴¹ JESUS. Damásio E. de. *Direito penal*. p. 228

⁴² *Id. ibid.* p. 228.

⁴³ DELMANTO. Celso; DELMANTO. Roberto; DELMANTO JÚNIOR. Roberto; DELMANTO. Fábio Machado de Almeida. *Código penal comentado*. p. 314.

cumprimento ou da extinção da pena imposta pela condenação anterior (artigo 64, inciso I, do Código Penal).

Por pequeno valor a jurisprudência pátria majoritária considera o salário mínimo como teto, ao tempo da prática do fato, para a aplicação do privilégio. Um outro critério leva em consideração a estimativa do pequeno valor em função das posses da vítima (JTACSP, 11/297). E, ainda, outro princípio afirma que não existe regra rígida para o reconhecimento do pequeno valor, ficando o privilégio a cabo do julgador (RT, 327/388 e 276/142).

Para Damásio⁴⁴, é razoável a posição que permite o privilégio quando o objeto material não é de valor superior ao salário mínimo. Entretanto, acredita que esse critério não pode ser estabelecido em todos os casos em função de um conceito rígido, não devendo levar o julgador a desprezar o privilégio devido a uma diferença de pouco dinheiro.

Ressalta Damásio, contudo, que a jurisprudência tem divergido a respeito da apreciação do valor da coisa subtraída ou do montante do prejuízo para fins de aplicação do benefício.

Há duas correntes. Uma no sentido de que "ao (pequeno) valor da coisa furtada não se equipara o (pequeno) prejuízo (resultante do crime)":JTACrimSP, 3/88; 8/149, 209, 229 e 275; 10/141, 256 e 260; 13/254e 329; 14/308; 15/391 e 395; 19/159, e 20/42 e 371 (Jurisprudência-Justitia,São Paulo, 1975, I/63/4).

Noutra posição entende-se que "o pequeno ou inexistente prejuízo equipara-se ao pequeno valor da coisa furtada": JTACSP, 3/41 e 61; 7/55; 14/182, 209 e 268; 18/165, e 20/395; RT, 374/289; 407/263; 409/286; 419/431;421/274; 431/337; 439/437; 445/417, e 446/429.

Como exemplo, Damásio cita os seguintes acórdãos:

- 1.º) no sentido da equiparação do pequeno prejuízo sofrido pela vítima ao pequeno valor do objeto material: JTACSP, 20/395; 23/98 e 251; 24/48; 30/296; 32/290; 33/390 e 371; 34/341; 35/288; 37/225; 39/168; 40/236;

⁴⁴ JESUS. Damásio E. de. *Direito penal*. p. 229

41/238; 42/197; 43/232 e 269; 44/322 e 398; 45/228 e 327; 46/301, 261 e 354; 49/389; 30/198; 53/250; 57/303; 67/312; 66/210; 69/353; 73/212, 225 e 413; 74/382 e 91/337 - pesquisa feita até o vol. 92; RT, 449/456; 471/375; 531/349; 527/382; 548/369 e 590/362 - pesquisa feita até o vol. 622;

- 2.º) no sentido de apreciar o pequeno valor do objeto material ao tempo da prática do furto, desprezando-se o desaparecimento ou diminuição do prejuízo efetivo: JTACSP 21/258, 263 e 391; 22/295 e 256; 23/40; 24/390; 27/292; 34/179; 41/328; 43/186; 45/329; 46/356; 47/278 e 350; 49/390; 59/167; 60/202; 61/58; 62/47; 65/453; 70/326; 73/432; 77/303; 78/302; 85/373; 86/345; 87/309 e 92/295 - pesquisa feita até o vol. 92; RT, 524/488; 526/471; 554/456; 563/322; 579/435; 587/375; 588/426; 589/442; 590/445; 599/446; 608/446 - pesquisa feita até o vol. 622.

Nucci⁴⁵ afirma, concordando, que embora não haja conceituação pacífica na doutrina e na jurisprudência, pois ora se leva em conta o valor do prejuízo à vítima, ora o valor da coisa em si, a corrente majoritária sustenta ser de pequeno valor a coisa que não ultrapassa o salário mínimo, o que deve ser aferido à época da consumação do furto e não no momento em que o juiz for aplicar a pena.

Para o STF, já em 1975, no RECrIm 81.583, do Paraná, da 2ª Turma, por votação unânime, Ministro Relator Cordeiro Guerra, decidiu que "não se confunde, no direito vigente, o pequeno valor da coisa com a redução ou desaparecimento do prejuízo pela restituição da coisa ou pela reparação do dano" (julg. de 20-6-1975, publicado no DJU, de 05/09/1975, pág. 6.320).

Posteriormente, a 2ª Turma do Pretório Excelso, nos RECrims 88.087 e 88.506, de São Paulo, o Ministro Relator Décio Miranda, por votação unânime, reforçou a tese de que o pequeno valor do objeto material do furto, para fins do privilégio, deve ser considerado ao tempo da prática do fato, vedada a consideração do prejuízo.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. p. 626

Nesse esteio, as circunstâncias fáticas supervenientes à consumação do furto, como exemplo a devolução espontânea do bem, funcionam como fatores de indicação da personalidade do agente (artigo 59, do Código Penal) ou como critérios genéricos de graduação da pena (art. 65, inciso III, alínea b, do Código Penal). E, ainda, outras circunstâncias, como a apreensão do bem furtado, reduzem as "consequências da infração, constituindo circunstância judicial (artigo 59, do Código Penal)."⁴⁶

Contudo, não se trata de lacuna da lei, pois o legislador previu os requisitos do benefício, não podendo o intérprete da lei estender ao mais severo os efeitos do mais benéfico.

O privilégio, de acordo com a orientação jurisprudencial dominante, a que se filia Damásio⁴⁷, a concessão do favor legal não exige somente que o sujeito seja primário e que a coisa seja de pequeno valor. O legislador subordinou o benefício ao critério do julgador ao preceituar "o juiz pode...". Devem existir também circunstâncias judiciais objetivas ou subjetivas, com preponderância das de natureza pessoal, indicativas de que o réu é merecedor da atenuação legal.

Afirma Damásio que esse posicionamento jurisprudencial encontra fundamento em Mário Hoepfner Dutra (*in*: O Furto e o Roubo, São Paulo, Max Limonad, 1965, pág. 167).

Pode-se estender o privilégio às formas típicas (*caput*) e qualificadas (§1.º e 4.º). Entretanto, o STF entende que o benefício só incide sobre as formas simples e qualificadas pelo repouso noturno (*caput* e § 1.º). A Egrégia Corte considera, porém, que o furto mínimo é incompatível com o tipo qualificado (RTJ, 118/858).⁴⁸

Essa posição encontra fundamento na doutrina: Nélson Hungria (Comentários ao Código Penal, Rio, Forense, 1955, vol. 7, pág. 29, nº 9). Magalhães Noronha, (Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1978, vol. 2, pág. 237, nº 457). Heleno Cláudio Fragoso exclui a aplicação do benefício às descrições típicas do § 4º do art. 155 do CP (Lições de Direito Penal, São Paulo, 1977, vol. I, pág. 301, nº 286).

⁴⁶ JESUS. Damásio E. de. *Direito penal*. p. 232

⁴⁷ *Id. ibid.* p. 233

⁴⁸ *Id. ibid.* p. 234

Fato é que não há proibição expressa no Código Penal vigente. Fez para isso que a forma privilegiada precedesse a qualificada, considerando que a adoção desse sistema era suficiente para deixar clara a incompatibilidade entre ambas.

Como adendo, afirma Damásio que não se trata de uma simples faculdade, no sentido de poder o juiz reduzir (ou substituir) ou não a pena, eis que se trata de um direito do réu. A faculdade reside no quantum da diminuição e à conveniência da substituição da pena.⁴⁹

Depreende-se do artigo 155, parágrafo 4.º, do Código Penal a definição do crime de furto qualificado. Os dados dispostos não são elementares, mas, sim, circunstâncias legais especiais ou específicas, significando que o dispositivo define um tipo qualificado e não um delito autônomo. A importância deste detalhe reside quando se trata do concurso de pessoas, ante o que determina o artigo 30 do citado dispositivo legal.⁵⁰

Configura-se o furto qualificado se for cometido com as seguintes figuras típicas:

- a) violência, com destruição ou rompimento, contra obstáculo à subtração, que deve ser empregada antes ou durante a consumação do furto, não se podendo qualificar o furto se a violência for empregada contra a coisa subtraída. A violação de domicílio para o cometimento do furto é por este absorvida;⁵¹
- b) abuso de confiança, sendo necessário que o agente tenha consciência de que está praticando com esse abuso. Não se pode confundir o abuso de confiança com apropriação indébita. No primeiro caso, o agente vale-se da credibilidade que possui com a vítima, agindo sem o consentimento desta; no segundo caso, a participação da vítima é fundamental, pois confiando no agente, transfere-lhe licitamente a posse da coisa e o agente para agir como se dono fosse;

⁴⁹ JESUS. Damásio E. de. *Direito penal*. p. 236

⁵⁰ *Id. ibid.* p. 236

⁵¹ DELMANTO. Celso; DELMANTO. Roberto; DELMANTO JÚNIOR. Roberto; DELMANTO. Fábio Machado de Almeida. *Código penal comentado*. p. 310.

- c) fraude, onde a vigilância do ofendido é iludida, fazendo com que ele incorra em engano. Não se confunde com o delito de estelionato. Neste último, a participação da vítima é imprescindível;
- d) escalada: acesso a algum lugar por meio anormal de uso. Não se limita a subir, pode ser a utilização de alguma galeria subterrânea, utilização de escada ou corda, dentre outras;
- e) destreza, que é uma habilidade incomum, que faz com que a vítima não perceba a subtração, como exemplo, o caso do abatedor de carteira. Se a vítima perceber que está sendo furtada, não incidirá esta qualificadora;
- f) chave falsa, que se trata de qualquer instrumento, não necessariamente uma chave, destinado a abrir fechaduras ou, ainda, fazer com que determinados aparelhos funcionem e
- g) concurso de pessoas, podendo ser tanto a co-autoria como a participação, sendo irrelevante se uma delas for inimputável. Se a participação for posterior, não há codelinquência, mas, em tese, receptação ou favorecimento real. Em regra, o delito é monossubjetivo, sendo o concurso eventual.

O furto qualificado é apenado com reclusão, de dois a oito anos, e multa (§ 4º).

No entendimento de Gomes, o furto qualificado é compatível com o privilegiado.⁵² E tanto o Supremo Tribunal Federal (STF) como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem mudando no caso concreto o entendimento de que o benefício do furto privilegiado (causas de diminuição de pena - artigo 155, § 2.º, do CP) não seja concedido nas hipóteses em que há qualificadora da ação.

⁵² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 159

Como exemplo, em decisão proferida em 19/10/2010, em sede de *Habeas Corpus*⁵³, sem data de publicação, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), deu-se no sentido de que é possível aplicação do benefício do furto privilegiado para um caso de furto qualificado (concurso de pessoas). A decisão foi por maioria.

Ao proferir seu voto, a relatora Ministra Laurita Vaz lembrou julgamentos do STF nos quais esse posicionamento vem sendo adotado: determinadas qualificadoras do furto (as de natureza objetiva) são compatíveis com a causa de diminuição de pena.

In casu, o bem avaliado era de R\$ 84,20 (oitenta e quatro reais e vinte centavos) e o acusado respondia por tentativa de furto e praticou o delito em conjunto com outra pessoa. Devido à primariedade do acusado e do pequeno valor da coisa, a Quinta Turma reconheceu a incidência do furto privilegiado e redefiniu a pena aplicada (redução) além de estender, de ofício, o benefício ao outro acusado.

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. CONCURSO DE PESSOAS. RECONHECIMENTO DA FIGURA PRIVILEGIADA. POSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ. REQUISITOS PREENCHIDOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Segundo posição inicialmente adotada por esta Corte, mesmo em se tratando de réu primário, não se aplicava a minorante prevista no § 2.º do art. 155 do Código Penal, ao furto qualificado, porquanto a qualificadora encerrava, em si mesma, grande carga de desvalor da conduta, não havendo, pois, como preponderar o desvalor do resultado sobre o desvalor da conduta.
2. Em recentes julgados, contudo, o Supremo Tribunal Federal tem manifestado entendimento no sentido de que determinadas qualificadoras do furto, mormente as de natureza objetiva, são compatíveis com a causa de diminuição prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal.
3. Hipótese em que, em razão da natureza objetiva da qualificadora do concurso de pessoas e, diante da primariedade e do valor da *res furtiva* (R\$ 84,20), reconhece-se a ocorrência de furto privilegiado
4. Reduzida a pena privativa de liberdade para 4 (quatro) meses de reclusão, em razão do reconhecimento da figura privilegiada, passa o prazo prescricional a ser de 2 (dois) anos, nos termos do art. 109, inciso VI, do Código Penal.
5. Prescrição da pretensão punitiva consumada, na forma superveniente, em relação ao Paciente pois, publicada a sentença condenatória em 12 de julho de 2007, o trânsito em julgado do acórdão que a confirmou veio a ocorrer tão-somente em 28 de novembro de 2009.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 149.517/SP, 5.ª T, Rel. Ministra Laurita Vaz. Julgado em 07 out. 2010.

6. Extensão do reconhecimento da existência de furto privilegiado ao Corrêu, com redução da reprimenda a ele imposta. Ocorrência, também, de prescrição da pretensão punitiva estatal, na forma retroativa pois, sendo ele menor da data do fato, transcorreu prazo superior a 1 (um) ano entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença condenatória.

7. Ordem concedida, com extensão ao Corrêu, Diego Gustavo Lúcio Batista Neto, para reconhecer a existência de furto privilegiado e fixar a reprimenda a eles imposta em 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 2 (dois) dias-multa, ficando mantida a substituição por restritiva de direitos. *Habeas corpus* concedido, de ofício, também com extensão ao referido Corrêu, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal e declarar extinta a punibilidade quanto ao referido delito, nos termos dos fundamentos explicitados no voto. (HC 149517/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, julgado em 19/10/2010.)

Com o advento da Lei n.º 9.426, de 24 de dezembro de 1996, foi criada mais uma figura típica de furto qualificado: a subtração de veículo automotor transportado para outro Estado ou para o exterior. Para isso foi acrescentado o parágrafo 5.º ao art. 155 do Código Penal que, de acordo com a Exposição de Motivos, visava "combater uma crescente e inquietante forma de criminalidade de nossos dias", referindo-se ao furto, roubo e receptação de veículos. A pena é de três a oito anos de reclusão.

Neste caso, nota-se que a expressão “para outro Estado” leva-se a interpretar que necessariamente deverá ser de um Estado para outro e que, também, ocorre o efetivo transporte do veículo (inteiro).

Leciona Damásio⁵⁴ que a ação penal do crime de furto é pública e incondicionada. Ao receber a *notitia criminis*, o Delegado deve instaurar o inquérito, independentemente de manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal. Em juízo, a ação penal, por intermédio da denúncia, não está condicionada a nenhuma exigência.

Porém, excepcionalmente, a ação penal é pública condicionada à representação, no caso do furto ser praticado em prejuízo do cônjuge, judicialmente separado, de irmão e de tio ou sobrinho, com quem o sujeito coabita, nos termos do artigo 182 do Código Penal.

Prevê, ainda, o Código Penal, artigo 156, o furto de coisa comum, que se constitui quando “subtrair o condômino, o co-herdeiro ou sócio, para si ou para

⁵⁴ JESUS. Damásio E. de. *Direito penal*. p. 244

outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum". Esses agentes não subtraem somente o que é próprio, mas, também, a parte pertencente a terceiro. O sujeito ao subtrair a coisa comum, exclui o direito dos outros.

Diferentemente do furto simples, trata-se de crime próprio: o sujeito ativo somente pode ser o condômino, co-herdeiro ou sócio. O sujeito passivo é quem detém legitimamente a coisa. Contudo, se a detenção é ilegítima, não há delito de subtração de coisa comum por pura ausência de tipicidade ou, ainda, poderá responder o sujeito por apropriação indébita se a coisa comum estava na sua posse (artigo 168, do Código Penal).

E, como não há consenso nem na doutrina nem na jurisprudência, afirma Pierangeli que há posicionamentos mais modernos que entendem necessário analisar o caso concreto, para se estabelecer se o crime é de furto simples ou de furto de coisa comum.⁵⁵

Prevê o Código penal uma causa especial de exclusão da antijuridicidade nos termos do artigo 156, parágrafo 2.º, ao dispor que "não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente".

Neste caso, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa e a ação penal somente se procede mediante representação. Trata-se de crime de ação penal pública condicionada. Assim, se não houver manifestação de vontade da vítima, a ação penal não pode iniciar por meio de oferecimento de denúncia.

Sobre furto famélico, Guilherme de Souza Nucci⁵⁶, afirma que se configura o estado de necessidade no caso de subtração de gêneros alimentícios, sem qualidade para representar acréscimo ao patrimônio de outrem, não havendo crime por exclusão da ilicitude. Nesse entendimento, cita jurisprudência do Tribunal de Justiça da Paraíba:

Admite-se o furto famélico àqueles que, vivendo em condições de maior indigência, subtraíram objetos, aptos a satisfazer privação inadiável, na qual padeciam tanto eles como seus familiares e dependentes. Ninguém furta gêneros alimentícios para acrescentá-los a seu patrimônio; fá-lo, tão somente, para saciar a fome e atender suas vicissitudes imediatas, pois que

⁵⁵ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. p 365.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. p. 623.

apenas a isso se prestam mercadorias de tal natureza (TJPB, Ap. 99.004701-5, Câmara Criminal, rel. Júlio Aurélio Moreira Coutinho, 16.11.1999, v.u., RT 773/647).

É justificável quando para saciar a fome ou satisfazer a necessidade vital. Contudo, se o sujeito apresentar acentuada tendência para o crime, não se reconhece a excludente. Não pode também aproveitar a alegação de pobreza ou de desemprego. A necessidade não pode ser confundida com precisão, ela exige prova cabal.⁵⁷

⁵⁷ JESUS. Damásio E. de. *Código penal anotado*. p. 544/545

2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO

2.1 A natureza subsidiária do direito penal e o princípio da intervenção mínima

Leciona Capez⁵⁸ que se assenta na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, especificamente no artigo 8.º, que a Lei só deve estabelecer as penas estritamente necessárias. Tal postulado assevera que a criminalização de um fato só é autorizada quando não houver outro meio de se proteger um bem jurídico.

Sob o entendimento de que o Direito Penal deve-se ater à proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, o legislador, utilizando-se de um critério político, que varia conforme o momento em que vive a sociedade, ao entender que os demais ramos do direito são incapazes de proteger os bens jurídicos mais importantes, escolhe as condutas, sejam positivas ou negativas, que devam merecer a atenção do Direito Penal.⁵⁹

Em outras palavras, a atuação do direito penal só é aceitável em casos de ataques relevantes aos bens jurídicos mais importantes tutelados pelo Estado, se for, comprovadamente, o único meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico.

Ao ressaltar o caráter subsidiário do Direito Penal, leciona Roxin⁶⁰ que:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento

⁵⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. p. 17.

⁵⁹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. p. 49.

⁶⁰ *Id. apud* ROXIN. *Claus. Derecho Penal*, t. I, p. 65.

jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – com a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a penal com a '*ultima ratio* da política social' e se define sua missão como proteção *subsidiária* de bens jurídicos. (grifos originais)

Sob o entendimento que o Direito Penal deve proteger determinados bens jurídicos, partindo-se da premissa de que a Lei Maior de um Estado traz em si os princípios máximos da justiça a impor, a ofensa a bem jurídico penalmente protegido terá que se cotejada com os princípios constitucionais.⁶¹

Tem-se predisposto na Constituição Federal pátria os princípios explícitos e implícitos. Dentre este últimos, em outras palavras, os que não estão expressamente previstos no texto constitucional, tem-se o princípio da intervenção mínima que preceitua que o Direito Penal sempre deve ser visto como área de aplicação excepcional (*ultima ratio*), devendo ser suscitado quando meios menos incisivos (administrativos, cíveis) não são suficientes para proteger o bem jurídico.⁶²

Nesse entendimento, justifica-se provocar a instância penal não só se o bem tutelado foi atingido, mas também se o foi em grau relevante.

Corroborando com os ensinamentos doutrinários esposados, sobre o princípio da intervenção mínima, leciona Bitencourt⁶³:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constitui meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Assim, o legislador é levado a refletir a eficiência da aplicação de outras medidas, como as civis ou administrativas, para inibir a conduta e entendendo-as

⁶¹ LOPES. Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. p. 88

⁶² SANTOS. Maurício Macedo dos. SÊGA. Viviane Amaral. Sobrevivência do princípio da insignificância diante das disposições da Lei 9.099/95. Acesso em: 4 jun. 2010

⁶³ GRECO. Rogério. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal*. Parte geral. p. 32.

suficientes não mais haverá a necessidade de intervenção do Direito Penal, onde a aplicação demonstrou-se desnecessária.⁶⁴

Nesse cenário, também é objeto de discussão a manutenção das contravenções penais no ordenamento jurídico pátrio, eis que estas, na concepção dicotômica das infrações penais, são destinadas a proteção de bens não tão importantes quanto os protegidos pelos crimes e o direito deveria afastar, permitindo que os bens por elas protegidos fossem destinados a outros ramos do direito.⁶⁵

De outro giro, afirma Capez⁶⁶ que não se pode afirmar que todas as contravenções penais são insignificantes, o que vai depender do caso concreto, ocorrendo casos em que isto não se pode revelar verdadeiro. Como exemplo, cita que andar pelas ruas armado com uma faca é um fato contravencional. Tais condutas contravencionais são de menor potencial ofensivo, são submetidas ao procedimento sumaríssimo e beneficiam-se de institutos despenalizadores, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, mas não são, a princípio, insignificantes.

Como vertentes do princípio da intervenção mínima tem-se, de um lado, a orientação ao legislador na seleção dos bens mais importantes ao convívio em sociedade e, de outro, um norte ao legislador para retirar a proteção do Direito Penal sobre os bens que no passado tinham especial importância, mas hoje podem ser bem protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.⁶⁷

Com o advento da Lei n.º 11.106, de 28 de março de 2005, alguns tipos penais incriminadores foram abolidos do ordenamento jurídico, como o adultério, cujos bens podem ser protegidos pelos demais ramos extra-penais.⁶⁸

Leciona Capez⁶⁹ que a intervenção mínima tem, por conseguinte, dois destinatários principais: ao legislador o princípio exige cautela no momento de eleger

⁶⁴ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. p. 50.

⁶⁵ *Id. ibid.* p. 50.

⁶⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. p. 12.

⁶⁷ GRECO, Rogério. *Loc. cit.*

⁶⁸ *Id. ibid.* p. 50

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 19.

as condutas que merecerão punição criminal, abstando-se de incriminar qualquer comportamento, direcionando aqueles que, diante de experiência anterior, não puderam ser contidos com a aplicação de outros ramos do direito.

E ao operador do Direito recomenda-se não proceder ao enquadramento típico ao perceber que aquela pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos menos agressivos do ordenamento jurídico.

Como exemplo, cita Capez⁷⁰, se o furto de um chocolate em um supermercado já foi resolvido com o pagamento do débito e a expulsão do indivíduo do recinto, não há necessidade de se movimentar o Estado, já tão assoberbado com assuntos de maior importância, como a criminalidade violenta, o narcotráfico etc.

Capez leciona ainda que da intervenção mínima decorre a característica de subsidiariedade do Direito penal que, frisando o que já foi asseverado anteriormente, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais são ineficazes e não sejam capazes de exercer essa tutela, pois existindo um recurso mais brando em condições de solucionar plenamente o conflito é abusivo e desnecessário aplicá-lo.

Afirma, ainda, Capez que a intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal decorrem da dignidade humana, pressuposto do Estado Democrático de Direito, e são uma exigência para a distribuição mais equilibrada da justiça.

⁷⁰ CAPEZ. Fernando. *Curso de direito penal*. p. 19.

2.2 Princípio da insignificância - origem e natureza jurídica

Infere-se do princípio da intervenção mínima o princípio da insignificância ou da bagatela, que para os que o defendem, trata-se, também, de um princípio implícito da Constituição Federal, por estar integrado aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, eis que também tenta resguardar a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade da aplicação da pena aos casos de mínima relevância.⁷¹

Segundo Dotti⁷², o princípio da insignificância:

Visa restringir a incidência das normas incriminadoras aos casos de ofensas aos bens jurídicos fundamentais, reservando-se para os demais ramos do ordenamento jurídico a vasta gama de ilicitudes de menor expressão, em termos de dano ou perigo de dano. A aplicação do princípio, resguarda o prestígio da ciência penal e do magistério punitivo contra os males da exaustão e da insegurança que a conduz a chamada inflação legislativa.

Pelo princípio da insignificância, quando um determinado comportamento, mesmo que tipificado na norma criminal, não atinge efetivamente os valores protegidos pelo Direito, o que existe é uma ofensa mínima ao bem jurídico tutelado, de valor lesivo não significativo, onde até a menor pena prevista em lei pode ser exagerada e/ou desproporcional.

Para Diomar Ackel Filho⁷³ reside no direito romano a origem histórica do princípio da insignificância, sustentando que:

(...)

no tocante à origem, não se pode negar que o princípio já vigorava no 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 praetor*.

⁷¹SANTOS. Maurício Macedo dos. SÊGA. Viviane Amaral. Sobrevivência do princípio da insignificância diante das disposições da Lei 9.099/95. Acesso em: 4 jun. 2010

⁷² *Id. apud* DOTTI, René Ariel, REALE JUNIOR, Miguel, *et alli. Juizados Especiais Criminais - Interpretação e Crítica*.

⁷³ ACKEL FILHO. Diomar. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal*. p. 73.

Capez também leciona que o princípio em tela é originário do Direito Romano e tinha cunho civilista. Foi introduzido por Claus Roxin em 1964 no sistema penal devido a sua utilidade na realização dos objetivos sociais delineados pela moderna política criminal.⁷⁴

Contudo, reforça Maurício Antônio Ribeiro Lopes que o posicionamento de origem atribuído ao Direito Romano é considerado precipitado, que não atribui se imediato aos romanos, sob o argumento de que estes possuíam bom desenvolvimento apenas no âmbito civil, não tendo a mínima noção do princípio da legalidade penal. Para Lopes, o brocardo romano é apenas uma máxima, e não um estudo calculado.⁷⁵

Cabe aqui registrar que Toledo⁷⁶ afirma também que Claus Roxin foi quem propôs a introdução do princípio da insignificância no sistema penal. Princípio este, afirma, que permite na maioria dos tipos excluir os danos de pouca importância.

O princípio da insignificância evidenciou-se de forma expressiva na Europa, no século XX, mais notadamente na Alemanha, devido às crises sociais decorrentes de duas grandes guerras mundiais. O excessivo desemprego, falta de alimentos e recursos outros acabaram por provocar pequenos furtos, de mínima relevância, que receberam o nome de “criminalidades de bagatela”.⁷⁷

Dessa origem fática advém o caráter de patrimonialidade de seu destino, dano patrimonial mínimo, que não caracteriza prejuízo considerável (bagatela), não carecendo, desse modo, dos rigores do direito penal.⁷⁸

Registrando a controvérsia quanto à origem do princípio da insignificância, Gomes⁷⁹ sublinha que o pensamento penal vem há muito tempo insistindo na sua recuperação, ao menos desde o século XIX. Cita numerosos autores que o invocam e pedem sua restauração como Carrara, Von Liszt, Zaffaroni, dentre outros.

⁷⁴ CAPEZ. Fernando. *Curso de direito penal*. p. 11.

⁷⁵ LOPES. Maurício Antônio Ribeiro. *O princípio da insignificância no direito penal*. p. 41/42.

⁷⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. p. 133/134.

⁷⁷ SANTOS. Maurício Macedo dos; SÊGA. Viviane Amaral. Sobrevivência do princípio da insignificância diante das disposições da Lei 9.099/95. Acesso em: 4 jun. 2010.

⁷⁸ *Id. ibid.*

⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. p. 54.

Destaca Gomes⁸⁰, no mesmo sentido de Capez e Toletto, nas últimas décadas, o trabalho de Roxin, surgido em 1964, que defendeu o reconhecimento da insignificância como causa excludente de tipicidade penal. Nesta linha, Gomes cita que Tiedemann faz referência ao “princípio da bagatela”, fundado no princípio da proporcionalidade entre o delito e a gravidade da intervenção estatal pelo delito, afirmando que somente é aplicável nos casos concretos.

Para Toledo⁸¹, segundo o princípio da insignificância, o direito penal, devido à sua natureza fragmentária, só deve ir até o necessário para a proteção do bem jurídico, não devendo se ocupar de bagatelas. Como exemplo, o crime de dano previsto no art. 163 do Código Penal não deve ser interpretado como qualquer lesão à coisa alheia, mas sim a lesão que possa representar prejuízo de alguma significação ao seu proprietário.

Mas, em se tratando de fragmentariedade, o que vem a ser este princípio? Decorrente dos princípios da legalidade e da intervenção mínima, o princípio da fragmentariedade preceitua que somente o comportamento mais grave, perigoso, praticado contra bens jurídicos relevantes carecem dos rigores do direito penal que deve se ocupar dos casos em que há grave ameaça aos bens jurídicos tutelados pelo Estado, não disciplinando bagatelas irrelevantes.

No mesmo sentido, cumpre consignar que Gomes⁸² leciona que de acordo com o princípio da fragmentariedade “somente os ataques intoleráveis aos bens jurídicos mais importantes é que devem ser punidos penalmente”.

Precioso reforçar que, além disso, a subsidiariedade do direito penal, que presume a sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como um remédio sancionador extremo, que deve ser ministrado somente quando nenhum outro se mostra suficiente para resolver o conflito satisfatoriamente, justificando sua intervenção quando as demais formas de tutela do bem jurídico predispostas pelos demais ramos do direito forem eficazes.

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. *apud* TIEDEMANN, Klaus. *Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder* – OLG köln, NJW 1968, 2348, JUS, 1970, p. 108/113.

⁸¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. p. 134.

⁸² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. p. 68.

Toledo⁸³ afirma, também, que a gradação qualitativa e quantitativa do injusto permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado, se necessário, como ilícito civil ou administrativo, quando assim o exigirem preceitos legais ou regulamentares extrapenais. Trata-se de exclusão da tipicidade material ou, nas palavras de Gomes⁸⁴ “afasta-se a tipicidade material”.

Enquanto o tipo formal é a descrição feita pelo legislador ao construir os tipos incriminadores que estão na parte especial do Código Penal, tipo material é o tipo legal adequado à violação que possa causar a bens jurídicos protegidos, bem como socialmente reprovável, ou seja, é a efetiva lesão a um interesse garantido pela norma (bem jurídico) de maneira reprovável.⁸⁵

No ensinamento de Greco⁸⁶, para que se possa afirmar se a conduta de um agente é típica, precisa-se reconhecer a presença dos seguintes elementos: conduta (dolosa ou culposa – comissiva ou omissiva), resultado, nexos de causalidade (entre a conduta e o resultado) e a tipicidade (formal e conglobante).

E, continua, atendo-se ao último elemento contido no fato típico, a tipicidade, que esta se biparte em formal e conglobante, sendo a tipicidade formal a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal e para se concluir pela tipicidade conglobante, é preciso verificar dois aspectos fundamentais:

- a) se a conduta do agente é antinormativa; e
- b) se o fato é materialmente típico, residindo o princípio da insignificância nesta segunda vertente da tipicidade conglobante, em outras palavras, na tipicidade material.

Ao chamar para si a responsabilidade de tutelar certos bens, como exemplo a integridade física e o patrimônio, o legislador não quis abarcar toda e qualquer lesão corporal sofrida pela vítima ou, ainda, todo e qualquer tipo de patrimônio, sem importar o seu valor. Greco, citando Maurício Antônio Ribeiro Lopes, transcreve que

⁸³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. p. 134.

⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. p. 56

⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Loc. cit.*

⁸⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. p. 64-65.

“... o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social.”⁸⁷

Concluindo, Greco⁸⁸ afirma que:

A tipicidade penal seria a resultante, portanto, da conjugação da tipicidade formal com a tipicidade conglobante (antinormatividade + atividades não fomentadas + tipicidade material)... se não há tipicidade material, não há tipicidade conglobante; por conseguinte, se não há tipicidade penal, não haverá fato típico; e, como consequência lógica, se não há fato típico, não haverá crime.

Impende consignar o entendimento no mesmo sentido de Zaffaroni;Pierangeli⁸⁹ de que a tipicidade penal da conduta surge da conjunção da tipicidade legal, a adequação à formulação legal, e da tipicidade conglobante, que pode diminuir o escopo de proibição aparente que surge da consideração isolada da tipicidade legal.

Ainda leciona Greco, em que pese a afirmação que o critério para a conclusão de que o bem é insignificante ou não é muito subjetivo, tem-se que lidar com o conceito de razoabilidade para se poder chegar à conclusão de que determinado bem não merece a proteção do Direito Penal, eis que inexpressivo.

E, por óbvio, nem todos os tipos penais permitem a aplicação deste princípio. Contudo, existem infrações penais em que a sua aplicação afastará a injustiça do caso concreto, importando a condenação do agente em gritante aberração, simplesmente devido a adequação formal do comportamento a certo tipo penal.

Cabe aqui registrar que, para Mirabete⁹⁰, o princípio da insignificância é aceito por analogia ou interpretação interativa desde que não seja *contra legem* e não se confunde com o furto privilegiado. O primeiro é causa de reconhecimento de atipicidade da conduta, enquanto que o segundo, se admitido, resulta na redução da pena.

⁸⁷ GRECO, Rogério. *apud* LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. p. 324.

⁸⁸ *Id.* *Curso de Direito Penal*. p. 66.

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. p. 461 e 552.

⁹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual do direito penal*. p. 114

Esse princípio também não se confunde com o princípio da adequação social. Este preceitua que a ação socialmente adequada já está inicialmente excluída do âmbito da incidência do tipo (materialmente atípica), eis que se realiza dentro do âmbito da normalidade social permitida.⁹¹

Como exemplo, a lesão provocada por um pontapé durante um jogo de futebol. Acaso o sujeito tenha agido dentro do que é normalmente aceito e tolerado não há que se falar em tipicidade material, o que dispensa o agente até de ter que recorrer a uma causa de justificação, como a legítima defesa, para conseguir a impunibilidade do fato. *In casu*, o agente não será submetido aos ônus e dissabores de um processo criminal. Ressalta-se que tal princípio, contudo, não consegue alcançar situações antiéticas.

Costuma-se expressar essas ideias, em suma, afirmando-se que o Direito Penal seria a *ultima ratio* (o último recurso) da política social, que em relação a outras possibilidades de regulação é subsidiário, ou seja, apenas intervém em caráter acessório, quando nenhum outro recurso possa mais valer. Subsidiariedade fundamentada sob o aspecto teórico-penal, os cidadãos atribuem ao Estado apenas o poder indispensável à manutenção de um convívio pacífico. Dentre as consequências desse raciocínio está o fato de que não se pode intervir mais severamente na liberdade do que o estritamente necessário para o alcance dessa finalidade.⁹²

Nesse contexto, é preciso conceder ao Estado-juiz uma certa margem na apreciação da questão no caso concreto (mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada) e a necessidade de punição de um comportamento socialmente nocivo, justificando tal corretivo se efetivamente necessário para preservar a convivência pacífica e materialmente segura dos cidadãos.

⁹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. p. 134.

⁹² ROXIN, Claus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. p. 8

3 ATIPICIDADE DA CONDUTA FACE À APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3.1 Relevância jurídico-penal do princípio da insignificância no caso concreto

Bitencourt afirma que, segundo o princípio da insignificância, é necessária uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se quer punir e a drasticidade da intervenção estatal. Ao que se percebe, com frequência, determinadas condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o aspecto formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nesses casos pode-se afastar a tipicidade penal, pois o bem jurídico não foi efetivamente lesado.⁹³

Por outro lado, há que se levar em consideração que há doutrinadores que não admitem a aplicabilidade do princípio da insignificância. Vejamos.

Sob o prisma da aplicação da pena, predispõe o artigo 59, inciso IV, do Código Penal, sobre a substituição da pena privativa por de outra espécie, se cabível, com a pena de multa. Trata-se de “vantagem” a ser concedida ao condenado, eis que o pequeno valor, por si só, não enseja, obviamente, a absolvição do mesmo.

A respeito das hipóteses legais que culminam na absolvição do réu, compulsando o nosso Código de Processo Penal (atualizado pela Lei n.º 11.690/2008), temos no artigo 386, o que segue, *in verbis*:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I – estar provada a inexistência do fato;

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. CONDE. Francisco Muñoz. *Teoria Geral do delito*. p. 168

- II – não haver prova da existência do fato;
- III – não constituir o fato infração penal;
- IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1.º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Por outro lado, também, o Código Penal estabelece as hipóteses que excluem a antijuridicidade, como o caso do agente agir em estado de necessidade, previsto no artigo 23, *caput*, inciso I, do CP. Ocorre que, no caso de estado de necessidade, deverá ficar provado que o fato fora praticado “para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se” (art. 24, do mesmo diploma legal).

Há ainda como já citado no presente trabalho casos de furto famélico definidos por Guilherme de Souza Nucci⁹⁴.

Chamamos, ainda, a atenção à distinta situação da causa de diminuição de pena, depreendida do § 2.º do art. 155, do Código Penal, que predispõe que o juiz poderá substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou, ainda, está autorizado a aplicar somente a pena de multa. Nesses casos, o réu deverá ser primário e a coisa furtada de pequeno valor.

Sustenta ser de pequeno valor, conforme jurisprudência pátria majoritária, reprise-se, a coisa que não ultrapassa quantia equivalente ao salário mínimo, o que deve ser constatado à época da consumação do furto e não no momento da aplicação da pena pelo juiz.

Diante do contexto legal, doutrinário e jurisprudencial apresentado acima, sustentam alguns doutrinadores que por expressa falta de dispositivo legal não há como se aplicar o princípio da insignificância, restando necessário, para que ele tenha eficácia que lei venha a dispor expressamente sobre o assunto (princípio da legalidade).

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. p. 623.

Tanto assim o é, afirma-se, com intenção de tornar efetiva a aplicação do princípio da insignificância, que o então Deputado Carlos Souza (PP/AM) apresentou à Câmara Federal projeto de lei (PL n.º 6667/2006) que propõe a seguinte redação ao art. 22, do Código Penal: “Art. 22 – Salvo os casos de reincidência, ameaça ou coação, não há crime quando o agente pratica fato cuja lesividade é insignificante.”⁹⁵

Como adendo à presente citação, em consulta ao endereço eletrônico da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br) verifica-se no projeto de lei em comento que o Deputado Relator da Comissão de Constituição e Justiça, Regis de Oliveira, no Parecer datado de 7 de julho de 2008 assim se manifestou⁹⁶:

À luz de todo o exposto, voto pela constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa e, **no mérito, pela rejeição do PL n.º 6.667/2006**; pela constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa e, **no mérito, pela aprovação do PL n.º 908/2007**; e pela constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa e, **no mérito, pela aprovação do PL n.º 7.013/2006**, e pela rejeição do substitutivo apresentado pelo nobre deputado Ronaldo Cunha Lima, que descaracteriza totalmente a essência desta proposta. (grifos originais)

Para fins de conhecimento, trazemos também à baila o Projeto de Lei 7.013/2006, de relatoria do Deputado Fernando Coruja, que propõe o acréscimo do art. 310-A ao Código de Processo Penal⁹⁷:

Art. 310-A A autoridade policial não imporá prisão em flagrante, nem exigirá fiança:

I - Quando verificar que o agente praticou o fato nas condições do art. 23, I, II e III, do Código Penal.

II - Se, ao considerar aspectos objetivos, referentes à infração praticada, verificar a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Parágrafo único. Em todos os casos, a liberdade provisória somente será concedida mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

E, também, colaciona-se o Projeto de Lei 908/2007, de relatoria da Comissão de Legislação Participativa, que propõe o acréscimo do art. 23-A ao

⁹⁵ MEDEIROS, Aristides. Sobre o chamado princípio da insignificância. Acesso em: 4 jun. 2010

⁹⁶ CÂMARA FEDERAL. Comissão de Constituição e Justiça. Regis de Oliveira. Parecer de 7 de julho de 2008 ao Projeto de Lei n.º 6.667/2006. Acesso em: 25 set. 2010.

⁹⁷ *Id.* Fernando Coruja. Projeto de Lei n.º 7.013/2006. Acesso em: 25 set. 2010.

Código Penal, no intuito de caracterizar como atípica a conduta incapaz de ofender bem jurídico tutelado pela lei penal com a seguinte redação⁹⁸:

Art. 23-A. É atípica a conduta incapaz de ofender bem jurídico tutelado pela lei penal.

Parágrafo único. A fim de se aferir a adequação típica, observar-se-á, dentre outros aspectos:

- a) o grau mínimo de ofensividade e a expressividade da lesão jurídica provocada;
- b) a periculosidade social da conduta e seu grau de reprovabilidade;
- c) as circunstâncias do fato e a personalidade do agente;
- d) a integridade da ordem social e o ambiente social onde ocorreu a conduta;
- e) o valor do objeto ou produto do crime, a sua importância, e as condições econômicas da vítima e do ofensor;
- f) a natureza e importância do bem jurídico protegido, bem como a quantidade de bens jurídicos ofendidos;
- g) a habitualidade delitiva e o incentivo à prática de outros crimes;
- h) a reincidência e a existência de antecedentes criminais.

Ora, em que pese tais iniciativas, o direito não pode ficar a mercê das construções legais do Poder Legislativo. Assim é que, para preencher as lacunas legislativas são utilizados dos princípios, que, como as leis, também são fonte (mediata) de aplicação do direito e, assim, constituem normas jurídicas.

Nesse sentido, afirma Gomes⁹⁹ que a tese de que o princípio da insignificância não pode ser aplicado por falta de amparo legal explícito não deve prosperar porque o ordenamento jurídico é integrado de regras e princípios. E não há como imaginar que haja juiz que não reconheça a “força normativa dos princípios”, a tendência hoje inequívoca para a “justiça principiológica”. Complementa Gomes que o positivismo jurídico legalista, quando não for dosado pela prudência, equilíbrio e razoabilidade do juiz, conduz a aberrações inomináveis.

Deve-se ter em mente, contudo, que a efetiva aplicabilidade dos princípios no caso concreto requer necessária análise prévia, com base, inclusive, na ponderação, dentro de uma razoabilidade.

⁹⁸ CÂMARA FEDERAL. Comissão de Legislação Participativa. Projeto de Lei n.º 908/2007. Acesso em: 25 set. 2010.

⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. p. 32 e 44

E é importante ressaltar que não há hierarquia entre os princípios e a aplicação de um não exclui a aplicação do outro. O que ocorre de fato, no caso concreto, é a prevalência de um sobre o outro.

Em outras palavras, no ordenamento jurídico como um todo, os princípios se intercomunicam, se amoldam, se delimitam, por vezes se contrapõem e, por vezes, se reforçam mutuamente. A eleição do princípio da insignificância requer, ato contínuo, que simultaneamente se traga à tona a contraposição entre princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência.¹⁰⁰

Por outro lado, também, vale recordar que há hipóteses de reconhecimento legal da insignificância previsto no Código Penal Militar brasileiro, artigo 209, § 6.º, que assim predispõe: “No caso de lesões levíssimas, o Juiz pode considerar a infração como disciplinar”, tendo o juiz o poder-dever de declarar a ausência de tipicidade penal, reconhecendo a insignificância da ofensa que é, tão somente, uma infração disciplinar, transladando, assim, o caso concreto para o âmbito administrativo.¹⁰¹

E, ainda, conforme dispõe o artigo 20, da Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002, alterada pela Lei n.º 11.033, de 21 de dezembro de 2004, os autos das execuções fiscais da União de débitos inscritos como Dívida Ativa, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) serão arquivados pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Com isso, entende Capez que o referido montante passou a servir de parâmetro para se considerar a sonegação atípica de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais).¹⁰²

Como adendo, Gomes¹⁰³ afirma que o concurso de pessoas pode ser um indicador de gravidade do fato, o que vem a justificar a intervenção penal. Mas, dependendo do caso concreto, esta circunstância não impede a incidência do princípio da insignificância. Faz-se necessário verificar se se trata de “coisa de

¹⁰⁰ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de processo administrativo disciplinar*. Dez. 2010. Acesso em: 22 dez. 2010. p. 324

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. p. 63.

¹⁰² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. p. 12.

¹⁰³ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 158/159

pequeno valor” ou “coisa insignificante”. No primeiro caso, igualmente, analisando-se concretamente o caso, não há impedimento de haver a suavização penal do § 2.º do artigo 155, do Código Penal.

E, o fato de ser o delito qualificado, não impede o reconhecimento e aplicação da insignificância, como se observa nos mais recentes julgados inclusive do STF, eis que a qualificadora pertence ao fato punível. Em outras palavras, a qualificadora tem relação direta com o desvalor da conduta ou do resultado. Por outro lado, também, a reincidência não pode ser obstáculo para a admissão da insignificância, devendo o fato ser considerado em si mesmo, independentemente do seu agente.¹⁰⁴

Reforçando, os critérios pessoais do agente não tem nada a ver com o princípio da insignificância, que tem bases eminentemente objetivas, mas sim com o princípio da irrelevância penal do fato. Impende sublinhar que no final do ano de 2008, o STJ praticamente uniformizou seu entendimento de que não valem dados subjetivos do agente para aplicação do princípio da insignificância, no sentido da objetivação do princípio da insignificância.¹⁰⁵ Como exemplo: AgRg no REsp 695.473-RS, rel. Min. Laurita Vaz, 5. T., DJe 03/11/2008, cuja ementa assim predispõe:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. QUESTÕES DE ORDEM SUBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A aplicação do princípio da insignificância está vinculada à questão de ínfima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade, o grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, não abarcando questões de ordem subjetiva do agente. 2. Agravo regimental desprovido.

Outro registro importante é que o autor do fato insignificante não fica impune, pois apesar de não ser um ilícito penal, é um ilícito, devendo recair sobre o autor todas as sanções cabíveis, como a civil (indenização), trabalhista (demissão), social (admoestação) administrativas etc. O que não se justifica é a aplicação do Direito Penal em fatos totalmente destituídos de significado penal.¹⁰⁶

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. p. 39 e 45

¹⁰⁵ *Id. ibid.* p. 42/43

¹⁰⁶ *Id. ibid.* p. 32

3.2 Posicionamentos dos tribunais superiores e caso concreto

Firmado o entendimento de aceitação doutrinária e inclusive legal do princípio da insignificância, cabe analisar a posição da jurisprudência brasileira que vem admitindo o princípio da insignificância há muitos anos.¹⁰⁷

Segundo Rebêlo¹⁰⁸, examinando jurisprudência pátria especificamente no âmbito dos tribunais superiores, o princípio da insignificância encontra-se assente no direito brasileiro e vem sendo adequadamente utilizado por aqueles tribunais como instrumento de interpretação restritiva da norma penal, fundamentado na concepção material do tipo penal, alcançando a descriminalização de condutas que, mesmo que aparentemente típicas, não lesionam de forma significativa o bem jurídico protegido.

Particularmente, ressalta Rebêlo, o comportamento do Superior Tribunal de Justiça-STJ vem abrindo o debate sobre temas que já se encontravam pacificados no âmbito do Supremo Tribunal Federal-STF, para tal utilizando-se de ferramentas modernas de interpretação e conjugação de norma penal, sem qualquer ofensa à segurança jurídica.

Concebido para ser o uniformizador da interpretação da lei federal, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem sido acionado com frequência para analisar causas de valor insignificante.¹⁰⁹

Diante dessas afirmações e efetuada pesquisa jurisprudencial no âmbito do STJ, constata-se efetivamente que se tem reconhecido a tese da exclusão da tipicidade nos chamados delitos de bagatela, aos quais se aplica o princípio da

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. p. 64.

¹⁰⁸ REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância*. p. 83

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ analisa casos de aplicação do princípio da insignificância*. Acesso: em 06 abr. 2010

insignificância, devido ao fato de que à lei não cabe preocupar-se com infrações de pequena monta, insuscetíveis de causar o mais infirmo dano à coletividade.¹¹⁰

Nesse sentido, citam-se como exemplo julgados da 5.º Turma, ambos de Relatoria do Ministro Edson Vidigal, publicados no DJU de 8 de maio de 2000: REsp 234.271, DJU de 8 de maio de 2000, p. 115; REsp 235.015, p. 116.

Quanto ao crime de descaminho de bens, outro exemplo, nos casos em que o débito tributário e a multa não excederem determinado valor, a Fazenda Pública não efetua a cobrança em juízo, nos termos da Lei n.º 9.579/97, sob o argumento de que a quantia irrisória não compensa a instauração de um executivo fiscal, o que leva o STJ a considerar atípico em decorrência do princípio da insignificância.

Ao que se observa, também, a jurisprudência do STJ vem buscando diferenciar, nos casos de crime de furto, o que é ínfimo (onde incidirá o princípio da insignificância) do que é de pequeno valor (onde se trata de furto privilegiado). O problema é fazer a diferenciação no caso concreto, cujas circunstâncias orientarão a aplicação ou não do princípio da insignificância.¹¹¹

Contudo, tem-se no âmbito do Supremo Tribunal Federal o primeiro reconhecimento do princípio da insignificância, que se deu em dezembro de 1988, em sede do Recurso de *Habeas Corpus* n.º 66.869-PR¹¹², 2.º turma, Relator Ministro Aldir Passarinho, publicado no Diário de Justiça de 28 de abril de 1989, página 6296, levando em conta exclusivamente o critério do desvalor do resultado.¹¹³

Por votação unânime, deu provimento ao recurso, sob o argumento do princípio da insignificância, sendo inexpressiva a lesão sofrida pela vítima, mesmo tendo como argumento da Procuradoria-Geral da República que a lesão preenchia os requisitos necessários para a existência da tipicidade penal.

¹¹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. p. 11.

¹¹¹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. p. 152

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acesso em: 2 nov. 2010. p. 6296.

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 36

Cabe assinalar por oportuno que após este marco histórico do STF praticamente toda a jurisprudência passou a admitir o princípio da insignificância como corretivo da abstração do tipo penal.¹¹⁴

In casu, tratava-se de um pedido de trancamento da ação penal sob a alegação de falta de justa causa para a ação penal em razão de que a lesão corporal (pequena equimose), decorrente de um acidente de trânsito era, diante do retratado no laudo pericial, insignificante e levíssima.

O Tribunal de Alçada do Paraná havia entendido que o fato narrado constituía crime em tese e que a avocação do Princípio da Insignificância somente caberia como matéria de defesa, não sendo apropriada a via do *habeas corpus*, reclamando realização de prova clara e insofismável.

O Ministro Relator do STF registrou de um lado que o Acórdão do Tribunal de Alçada do Paraná admitira aplicável ao Direito Penal o Princípio da Insignificância e, de outro, acrescentou que a lesão seria realmente inexpressiva, consoante comprovado em laudo, impondo-se o trancamento da ação penal.

Desta decisão unânime extraímos de importante a pertinência do princípio no Direito Penal brasileiro e a possibilidade de sua discussão pela via do *habeas corpus*, desde que a lesão encontre-se devidamente comprovada, não havendo, assim, motivo a justificar que este procedimento somente fosse possível em processo criminal comum, após regular instrução probatória.¹¹⁵

Leciona Gomes¹¹⁶ que os crimes patrimoniais são os mais comumente alcançados pelo princípio da insignificância. Dessa forma, a pesquisa levada a efeito, abordando o princípio da insignificância no âmbito da Suprema Corte, denota que é um instrumento utilizado, como exemplo, em delitos de furto simples (*Habeas Corpus* - HC 92463), dentre outros como também moeda falsa (*Habeas Corpus* -HC 83526).

¹¹⁴ REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância*. p. 83

¹¹⁵ *Id. ibid.* p. 47/48 e 84.

¹¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. p. 158

O caso que se traz a estudo no presente trabalho é o *Habeas Corpus* 84412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 19 de novembro de 2004, página 37, que, opinião de Gomes¹¹⁷, foi, sem nenhuma dúvida, a decisão mais paradigmática na jurisprudência brasileira. A jurisprudência adotou o posicionamento dogmático de que o princípio da insignificância exclui efetivamente a tipicidade material (ou normativa).¹¹⁸

A ementa está assim redigida, *in verbis*:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE 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) – DOCTRINA – 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.

A decisão da segunda turma do Supremo Tribunal Federal no caso foi unânime no sentido de deferir o pedido de *habeas corpus* que, com fundamento no princípio da insignificância, invalidou a condenação penal imposta ao agente, então

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 66.

¹¹⁸ *Id. ibid.* p. 74.

paciente, determinando, conseqüentemente, a extinção definitiva do procedimento penal instaurado contra ele em curso na 1.^a Vara Criminal da Comarca de Barretos/SP (Processo-crime n.º 238/2000), nos termos e para os fins indicados no voto do Relator.

Extrai-se do Relatório do Ministro Celso de Mello que o então paciente, que tinha 19 (dezenove) anos de idade à época do fato, subtraiu, para si, fita de vídeo-game, no valor de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais), o que vem a caracterizar, em tese, o crime de furto simples previsto no *caput* do artigo 155, do Código Penal pátrio, fazendo-o, aparentemente, com a intenção de devolvê-la, consoante relato constante de depoimento testemunhal. Segundo essa mesma testemunha, a vítima “quis retirar a queixa”, o que lhe teria sido negado em face do caráter indisponível da ação penal.

Sustenta o ora paciente, na ação de *habeas corpus*, que é desproporcional uma pena de oito meses de reclusão quando se verifica que o bem objeto de subtração possui o valor de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) e foi recuperado, ficando ausente, assim, qualquer prejuízo para a vítima.

O ora impetrante, após afirmar que “Não se pode ignorar que o Direito Penal somente deve incidir naquelas situações em que existir uma real violação ao bem jurídico protegido” e que, “Em outras palavras, deve haver uma agressão que justifique a incidência da pesada sanção de natureza penal”, postula a concessão de medida liminar, para fazer “cessar a coação ilegal, determinando-se a paralisação do feito originário até o julgamento do presente *habeas corpus*.”

Formulou-se, naquela sede processual, pedido de medida liminar, que foi deferido pelo Relator, em decisão assim ementada:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL. CONSEQUENTE 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. CUMULATIVA OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS PERTINENTES À PLAUSIBILIDADE

JURÍDICA DO PEDIDO E AO 'PERICULUM IN MORA'. MEDIDA LIMINAR
CONCEDIDA. (grifos originais)

Por sua vez, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha, opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus*, por entender inaplicável, à espécie, o princípio da insignificância, cujos argumentos não foram expostos no Relatório do Ministro Celso de Mello.

Como adendo, em consulta ao *Habeas Corpus* n.º 20.897/SP¹¹⁹, verificou-se que a douta Subprocuradora-Geral adotou os fundamentos do voto vencedor do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Félix Fischer, relator daquele Acórdão, que afirmou que o princípio da insignificância não pode nulificar a existência, legalmente expressa, do furto privilegiado, adiante afirmando, ainda, que:

(...) o princípio da insignificância não pode ter a finalidade de afrontar critérios axiológicos elementares (...) mesmo reconhecendo a possibilidade da aplicação do princípio nas **figuras privilegiadas**, entendo que é de se **distinguir** entre **ínfimo (desprezível)** e **pequeno valor**. **Este**, ensejando, eventualmente, o **furto privilegiado (art. 155 § 2º do CP)**, **aquele**, a **atipia conglobante**. **Esta distinção não pode ser ignorada. Há previsão legal (§ 2º) que deve ser observada, sob pena de julgamento contra legem.** (grifos originais)

Assim, o ilustre Ministro Celso de Mello finaliza o seu relatório.

No voto, manifestou-se o Ministro Relator que o exame da causa propunha, imediatamente, uma indagação: se é aplicável, ou não, o princípio da insignificância, quando se tratar, como na espécie, de delito de furto que teve por objeto bem avaliado em apenas R\$ 25,00 (vinte e cinco reais).

Essa indagação, afirma o Ministro, 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, a 18% (dezoito por cento) do valor do salário mínimo então vigente (janeiro/2000), correspondendo, na data do julgamento, a 9,61% (nove vírgula sessenta e um por cento) do novo salário mínimo em vigor em nosso país à época do julgamento (2004).

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acesso em: 2 nov. 2010

Sustenta o Ministro que o princípio da insignificância, que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, consoante assinala expressivo entendimento doutrinário expendido na análise do tema em referência (Francisco de Assis Toledo), “Princípios Básicos de Direito Penal”, p. 133/134, item n. 131, 5.^a ed., 2002, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITTENCOURT, “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”, 26.^a ed., 2003, Saraiva; MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES, “Princípio da Insignificância no Direito Penal”, p. 113/118, item n. 8.2, 2.^a ed., 2000, RT, v.g.).

Prossegue afirmando o Relator que o princípio da insignificância, que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e 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.

E que isso significa, pois, que o sistema jurídico há de se 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.

O Ministro trouxe à baila, a propósito do tema, o entendimento de Edílson Mougnot 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. (grifos originais)

Na sequência o Relator consigna que, na realidade, se considerar, 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, 2.^a ed., 2004, Forense), cumpre reconhecer, presente esse contexto, 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, seja à integridade da própria ordem social.

E, ainda, que 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, 2.^o ed., 2004, Forense), e assim tem sido apreciada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE 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). (grifado)

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). (grifado)

HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O crime de moeda falsa exige, para sua configuração, que a falsificação não seja grosseira. A moeda falsificada há de ser apta à circulação como se verdadeira fosse. 2. Se a falsificação for grosseira a ponto de não ser hábil a ludibriar terceiros, não há crime de

estelionato. **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). (grifado)

O Relator adverte, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, em tema de entorpecentes (notadamente quando se tratar do delito de tráfico de entorpecentes), por considerar ausentes, quanto a tais infrações delituosas, os vetores capazes de descaracterizar, em seu aspecto material, a própria atipicidade penal, tem assinalado que a pequena quantidade de substância tóxica apreendida em poder do agente não afeta nem exclui o relevo jurídico-penal do comportamento transgressor do ordenamento jurídico, por entender inaplicável, em tais casos, o princípio da insignificância (RTJ 68/360, RTJ 119/453, RTJ 119/874, RTJ 139/555, RTJ 151/155-156, RTJ 169/976, RTJ 170/187-188, RTJ 183/665, RTJ 184/220).

O caso ora em exame, porém, não versa matéria de tráfico de entorpecentes, referindo-se, apenas, a simples delito de furto de um bem cujo valor é inferior correspondia, à época do delito, a 18% (dezoito por cento) do valor do salário mínimo então vigente (janeiro/2000).

O Ministro traz, como extremamente pertinentes e oportunas, as observações consignadas em recentíssima decisão unânime proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 23.904/SP, Relator Ministro Paulo Medina, ocasião em que a Alta Corte Judiciária, ao deferir o *writ* constitucional, assim se pronunciou:

É notório que o Direito Penal foi concebido para a tutela dos valores ou interesses mais importantes para o bom convívio e desenvolvimento sociais que, quando identificados e estabelecidas legalmente as condutas que os lesam ou expõem à perigo concreto de lesão, passam a ter *status* de bem ou objeto jurídico.

Cabe salientar que o Código Penal, indica, através das rubricas que identificam seus Títulos, Capítulos e Seções, qual ou quais são os bens jurídicos penalmente protegidos pela norma que inspirou a constituição das figuras típicas neles contidas.

O art. 155 está inserido no Título II do Código Penal, ao qual corresponde a rubrica DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO.

À evidência, o patrimônio é o que se tutela com a descrição abstrata da conduta constante do art. 155, CP. Nenhum outro bem jurídico é protegido, sequer de forma secundária, como acontece, por exemplo, com o delito de roubo (art. 157, CP), com o qual se busca resguardar, ainda, a integridade física, a liberdade pessoal e a vida humana.

Por outro lado, para que se conclua pela existência do delito, é necessário analisar os três elementos que compõem o conceito analítico de crime, quais sejam, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade, necessariamente nesta ordem, de forma que, inexistente o fato típico, prescinde-se da investigação da ilicitude e assim por diante.

O fato típico, por sua vez, é formado por quatro requisitos: conduta, resultado, nexa causal e tipicidade.

O fato *sub judice* apresenta, indubitavelmente, os três primeiros requisitos, mas a tipicidade merece análise mais acurada.

A tipicidade, classicamente, é vista apenas sob o prisma formal ou, em outras palavras, importa, tão-só, saber se há perfeita adequação da conduta ao tipo penal para concluir sua existência.

Contudo, pela função precípua do Direito Penal em proteger interesses e valores relevantes para a sociedade e evitar a sua utilização descomedidamente, posicionamentos doutrinários surgiram para demonstrar a prescindibilidade desse ramo jurídico na regência de certos casos concretos.

Para isso, cindiu-se a tipicidade em formal e material. Enquanto aquela representa o conceito clássico de tipicidade, esta é definida como a conduta formalmente típica que causa um ataque intolerável ao objeto jurídico penalmente tutelado.

Ora, por óbvio, **o furto de R\$ 0,15** não gera considerável ofensa ao bem jurídico patrimônio. Conduta sem dúvida reprovável, imoral, mas distante da incidência do Direito Penal.

Não há, por outro lado, se falar em prejuízo da vítima para fazer o Direito Penal recair sobre o indigitado agente, porquanto não se considera outra coisa a não ser o **valor** do objeto subtraído.

Se prejuízo houve, que seja reparado no âmbito cível, **pois não parece correto** utilizar a esfera criminal para reparação de danos, sob pena de submeter o locatário de imóvel, v.g., devedor e solvente, a processo-crime por estelionato. Sim, mesmo porque causa prejuízo bem maior ao locador. (grifado)

Aliás, afirma o Ministro, esse é o entendimento esposado pela 2.^o Turma do Supremo, colacionando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE, EM SENDO IRRISÓRIO O VALOR SUBTRAÍDO. RECURSO IMPROVIDO. 1. O Direito Penal, como na lição de Francisco de Assis Toledo, '(...) por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas.' (in Princípios Básicos de Direito Penal, Ed. Saraiva, pág. 133). 2. Cumpre, pois, para que se possa falar em fato penalmente típico, perquirir-se, para além da tipicidade legal, se da conduta do agente resultou dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou fazer periclitarem o bem na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade, acolhido na vigente Constituição da República (artigo 98, inciso I). 3. O correto entendimento da impossibilidade das formas privilegiada e qualificada do furto, por óbvio, não inibe a afirmação da atipicidade penal da conduta que se ajusta ao tipo legal do artigo 155, parágrafo 4.^o, inciso IV, por força do princípio da insignificância. 4. Em sendo ínfimo o valor da *res furtiva*, com irrisória lesão ao bem jurídico tutelado, mostra-se, a conduta do agente, penalmente irrelevante, não extrapolando a órbita civil. (HC 21.750/SP, da minha Relatoria, in DJ 4/8/2003). 2. Recurso especial improvido. (STJ. Resp 556046/MG; 6.^a T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJ 09/02/2004, p. 219.

Isso posto, o ilustre Ministro levou-se a reconhecer, por isso mesmo, tal como enfatizou logo no início o seu voto, que os fundamentos em que se apóia a presente impetração põem em evidência questão impregnada do maior relevo jurídico, consistente na descaracterização material da própria tipicidade penal, eis que as circunstâncias em torno do evento delituoso, “*res furtiva*” no valor de R\$ 25,00, equivalente, na época do fato, a 18% do salário mínimo vigente e correspondente, a 9,61% do salário mínimo do momento do julgamento, autorizam a aplicação, ao caso, do princípio da insignificância, como acentuado no douto voto vencido do Ministro José Arnaldo da Fonseca, não obstante as eruditas observações expostas pelo Ministro Felix Fischer.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, e com apoio no postulado da insignificância, foi deferido pelo Ministro o pedido de *habeas corpus*, para determinar a extinção definitiva do procedimento penal instaurado contra Bill Cleiton Cristóvão (ou Bil Cleiton Cristóvão ou Bil Cleiton Christoff ou Biu Cleyton Cristóvão ou Bill Cleiton Cristoff ou Bil Cleyton Cristóvão)¹²⁰, invalidando, em consequência, a condenação penal que contra ele foi decretada. Assim finaliza o seu voto que, como dito anteriormente, foi deferido por unanimidade pela segunda turma do STF.

Não há como se negar como evidente no Acórdão em exame que se trata de um caso de crime de furto, cujo objeto foi uma fita de vídeo-game, portanto, fato típico. Ou seja, a conduta ora descrita se subsume ao descrito no dispositivo incriminador, previsto no artigo 155, do Código Penal, *in verbis* “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”.

Assevera Bitencourt que a insignificância de certa conduta deve ser mensurada em relação à importância do bem jurídico e, especialmente, relativa ao grau de sua intensidade, em outras palavras, pelo alcance da lesão que foi produzida. Ao que se conclui, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade, mas só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica.¹²¹

¹²⁰ Processo-crime n.º 238/2000 – 1.ª Vara Criminal da Comarca de Barretos/SP.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. CONDE. Francisco Muñoz Conde. *Teoria Geral do delito*. p. 168

Reforçando este entendimento, Zaffaroni;Pierangeli também afirmam que a insignificância da afetação de bens jurídicos exclui a tipicidade. Contudo, só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma. Só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, o que vem a indicar que essas hipóteses estão excluídas do âmbito de proibição da norma não podendo ser estabelecida à simples luz de sua consideração isolada.¹²²

Gomes¹²³ reforça afirmando que pelo fato da chamada criminalidade de bagatela não contar com todos os contornos precisos, isso não pode constituir causa impeditiva, mas, ao contrário, deve ser um estímulo para o aprofundamento do tema.

Leciona, também, Gomes que ao se chegar a conclusão de que a ofensa foi mínima ou insignificante, ou seja, que não alcançou a magnitude inequívoca que venha a identificar a existência de uma evidente situação de risco para o bem jurídico tutelado, resulta apropriado retirar esse fato do âmbito do penalmente punível, reconhecendo sua insignificância, excluindo a tipicidade.¹²⁴

Ao que se verifica, tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem o princípio da insignificância como instrumento auxiliar de interpretação restritiva dos tipos penais, excluindo, conseqüentemente, do âmbito da tipicidade material as condutas que não atingem de modo intolerável o bem jurídico protegido que, de qualquer modo, não estariam compreendidas na “literalidade” da norma ou em seu “sentido material”.¹²⁵

Desse modo, os tipos penais, numa perspectiva material, devem ser interpretados de acordo com o bem jurídico protegido e em consonância com o princípio da fragmentariedade. Conclui-se desse modo que na descrição típica legal estão compreendidas exclusivamente as ofensas penalmente significativas, em outras palavras, as que estão em conformidade com a “finalidade da norma”.¹²⁶

¹²² ZAFFARONI. Eugênio Raúl. PIERANGELI. José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. p. 564/565

¹²³ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. p. 57.

¹²⁴ *Id. ibid.* p. 67

¹²⁵ *Id. ibid.* p. 68

¹²⁶ *Id. ibid.* p. 68

Para Gomes¹²⁷, fato é que o princípio da insignificância é um postulado de Política criminal e vem sendo aplicado no dia-a-dia forense, para a resolução dos casos concretos da seguinte forma:

Na doutrina, o apoio pode se assentar nas lições de Roxin, que desde 1970 vem sustentando a construção de um novo sistema penal fundado na indivisibilidade entre Direito Penal e Política criminal. Os princípios desta, quais sejam, exclusiva proteção de bens jurídicos, intervenção mínima-fragmentariedade e subsidiariedade – ofensividade, dentre outros, são relevantes tanto para o legislador quanto para o aplicador do Direito que, analisando as categorias do fato punível e os demais pressupostos da pena, deles não pode prescindir.

Leciona Gomes que, conseqüentemente inevitável da incidência do princípio em tela é a exclusão da tipicidade do fato. A decisão do Ministro Celso de Mello trazido ao corpo do presente trabalho (HC 84412/SP) dá apoio a nova concepção doutrinária da tipicidade penal, que se trata de um dos avanços da teoria constitucionalista do delito pátria, que é a soma da tipicidade formal e material.

Prossegue afirmando Gomes que o lado formal do delito é necessário, mas não suficiente. Além disso, da tipicidade formal impõe-se a presença da tipicidade material que exige duplo juízo valorativo: o da desaprovação da conduta e o da desaprovação do resultado jurídico. Nos casos de crimes dolosos requer-se, ainda, a dimensão subjetiva, qual seja: o dolo e outros eventuais requisitos subjetivos especiais.

No caso, o fato que produz um resultado jurídico insignificante – furto de um objeto de R\$ 25,00 – é formalmente típico, preenchendo os requisitos formais (conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica formal), mas não é materialmente típico, eis que falta o requisito material consistente na desaprovação do resultado.¹²⁸

Assim observa-se a perfeita afinidade, coerência e sincronia entre o que a doutrina moderna está propondo e o que os tribunais vêm aplicando. Na decisão

¹²⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. p. 74/75

¹²⁸ *Id. ibid.* p. 75

supra do STF, segundo o ponto de vista do Ministro Celso de Mello, na aplicabilidade do princípio da insignificância, quando da análise da relevância material da tipicidade penal, é necessária a presença dos seguintes vetores: a mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.¹²⁹

Percebia-se por longo tempo que não havia uma doutrina ou jurisprudência bem definida sobre os requisitos válidos para a incidência do princípio da insignificância e depois de vários julgados pode-se afirmar que o STF acolheu, em linhas gerais, os citados vetores constantes da decisão proferida em sede do HC 84412/SP¹³⁰, que são os mesmos considerados/seguidos pelo Superior Tribunal de Justiça.¹³¹

Consigna-se oportunamente que dos critérios acima referidos do Ministro, três referem-se à conduta (desvalor da conduta) e o último refere-se ao resultado (desvalor do resultado). Contudo, ressalta-se que a insignificância poderá ter incidência no desvalor da ação, como exemplo, atirar uma bolinha de papel contra um ônibus (artigo 264, do Código Penal), ou no desvalor do resultado, como no caso de furto de um palito de fósforo (artigo 155, do Código Penal) ou em ambos, exemplificando-se um acidente de trânsito com culpa levíssima e lesão corporal mínima.¹³²

A jurisprudência não esclarece a necessidade ou não da ocorrência de todos os vetores. Para Gomes, cada caso é um caso. Frisa que pode haver a incidência do princípio da insignificância quando houver como critério fundante puro desvalor da ação ou puro desvalor do resultado ou, ainda, a combinação de ambos, ou seja, circunstâncias do próprio fato. Os três grupos precisam ser distinguidos.¹³³

Conclui Gomes que se fundamenta o reconhecimento da atipicidade material no caso da conduta insignificante no juízo de desvalorização da conduta e o

¹²⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. p. 77

¹³⁰ *Id. ibid.* p. 22

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ analisa casos de aplicação do princípio da insignificância*. Acesso: em 6 abr. 2010

¹³² GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 77/78

¹³³ *Id. ibid.* p. 28 e 36

fundamento para a atipicidade material no caso de resultado insignificante é a exigência de um resultado jurídico relevante (*nullun crimen sine iniuria*).¹³⁴

Assenta, ainda, Gomes que os juízes adeptos da ideologia punitivista da segurança aplicam a insignificância restritivamente e os juízes adeptos da ideologia humanista da equidade admitem a insignificância de forma mais ampla. Chama o autor a atenção para outro critério, que é o ideológico, que é decisivo em grande parte dos casos.¹³⁵

¹³⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. p. 78

¹³⁵ *Id. ibid.* p. 154

CONCLUSÃO

Ao que se verifica, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais expostos acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância revelam o grau de importância que esta solução doutrinária possui, na medida em que toma por base a desconsideração da tipicidade material das infrações penais de baixa ameaça a bens jurídicos tutelados, evitando a sobrecarga do Poder Judiciário e as funestas consequências de uma penalidade ao agente, sob o alicerce de um direito penal de mínima intervenção, fragmentário e subsidiário.

Devido a essa natureza subsidiária e fragmentária, a lei penal deve atuar na proteção dos bens jurídicos mais relevantes. E, o princípio da insignificância, ao servir como instrumento de limitação da abrangência do tipo penal às condutas nocivas à sociedade, vem resguardar a proporcionalidade que a pena deve manter em relação à gravidade do crime, resolvendo-se as pequenas questões por outros meios, como os administrativos e cíveis.

O que se tem de levar especialmente em consideração é a ideia de se preservar as pessoas das prejudiciais consequências da imposição de uma penalidade, o que pode vir a acarretar a sua inserção no sistema prisional que acaba por segregar, agravado pela superlotação dos cárceres, que além de sua influência nefasta traz uma carga estigmatizante, com repercussão na vida familiar e, ainda, dificulta a reintegração do agente no meio social.

Não se pode olvidar que a imposição de uma pena privativa de liberdade é a intervenção mais forte na liberdade do indivíduo autorizada pelo ordenamento jurídico ao Estado-Juiz. Não obstante ser a pena de multa menos severa, ela é, em sendo pena, inscrita no registro penal, o que conduz, também, a consequências pessoais e sociais altamente desagradáveis.

Em outras palavras, a razão pela qual o Direito Penal apenas deve ser empregado quando fracassam todos os outros meios político-sociais de coibição de

um comportamento social criminoso (*ultima ratio*) reside no fato de que a punição pode prejudicar a existência social do condenado e arrastá-lo para a margem da sociedade, tendo até mesmo um efeito socialmente nocivo. Por isso, devem-se preferir, no lugar da punição, todas as medidas que possam evitar uma perturbação social, mas que tragam para o agente consequências menos nocivas.

Contudo, a aplicação do princípio da insignificância não se trata de solução ampla, necessitando averiguar sua plausibilidade no caso concreto. Ele merece atenção na medida em que alivia desgastes, sofrimentos outros na vida de qualquer um e seus familiares e vem, ao lado de outros instrumentos, implementar políticas criminais à luz do princípio da intervenção mínima, impedindo o ingresso do sujeito no sistema prisional.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal*. São Paulo, Revista Jurisprudencial do Tribunal de Alçada Criminal, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200167246&dt_publicacao=07/06/2004>. Acesso em: 2 nov. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 149.517/SP, 5.ª T, Rel. Ministra Laurita Vaz. Julgado em 7 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ analisa casos de aplicação do princípio da insignificância*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96585&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=STJ analisa casos de aplicação do princípio da insignificância>. Acesso: em 6 abr. 2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RHC+66869&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 2 nov. 2010. p. 6296.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 84412-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/10/2004. p. 37.

BITENCOURT, Cezar Roberto. CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CÂMARA FEDERAL. Comissão de Constituição e Justiça. Regis de Oliveira. Parecer de 7 de julho de 2008 ao Projeto de Lei n.º 6.667/2006. Comissão de Constituição e Justiça. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/584053.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2010.

CÂMARA FEDERAL. Comissão de Legislação Participativa. Projeto de Lei n.º 908/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/455369.pdf?>>. Acesso em: 25 set. 2010.

CÂMARA FEDERAL. Fernando Coruja. Projeto de Lei n.º 7.013/2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/394426.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.2.

_____. *Curso de direito penal: parte geral*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Manual de processo administrativo disciplinar. Dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ApostilaTextoCGU.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

COSTA. Anne Caroline; GARCIA. Suzana Duarte. Aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de furto e roubo. Disponível em: <<http://promovebh.com.br/revistapensar/art/artigo.php?no=39>>. Acesso em: 29 ago. 2010.

DELMANTO. Celso; DELMANTO. Roberto; DELMANTO JÚNIOR. Roberto; DELMANTO. Fábio Machado de Almeida. *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *apud* TIEDEMANN, Klaus. Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder – OLG Köln, NJW 1968, 2348, JUS, 1970, p. 108/113.

_____. *Drogas e princípio da insignificância: atipicidade material do fato*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8867>>. Acesso em: 4 jun. 2010.

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

GRECO. Rogério. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal*. Parte geral. p. 32.

_____. *apud* FERNANDÉS, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*, p. 12.

_____. *apud* LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. p. 324.

_____. *apud* ROXIN. Claus. *Derecho Penal*, t. I, p. 65.

_____. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. v.2.

JESUS. Damásio E. de. *apud* Magalhães Noronha, Direito penal, São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, pág. 227

_____. *Código penal anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito penal: parte especial*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.2.

_____. *Direito penal: parte geral*. 23.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1.

LOPES. Maurício Antônio Ribeiro. *O princípio da insignificância no direito penal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. v.3.

MEDEIROS, Aristides. Sobre o chamado princípio da insignificância. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7776>>. Acesso em: 4 jun. 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual do direito penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 1992. v.1

_____. *Manual do Direito Penal*. Parte especial. São Paulo: Atlas, 1993. v.2.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O Supremo Tribunal Federal e a aplicação do princípio da insignificância*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12551/o-supremo-tribunal-federal-e-a-aplicacao-do-principio-da-insignificancia>>. Acesso em: 1 set. 2010

MUNIZ, Adriano Sampaio. *Furto: análise crítica*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/29769>. Acesso em: 29 mai. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PANICO, Denise Esteves C. *Crimes contra o patrimônio*. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/14645732/CRIMES-CONTRA-O-PATRIMONIO>>. Acesso em: 29 mai. 2010.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROXIN, Claus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Maurício Macedo dos. SÊGA, Viviane Amaral. *apud* DOTTI, René Ariel, REALE JUNIOR, Miguel, *et alli. Juizados Especiais Criminais - Interpretação e Crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=950>>. Acesso em: 4 jun. 2010.

_____. Sobrevivência do princípio da insignificância diante das disposições da Lei 9.099/95. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=950>>. Acesso em: 4 jun. 2010.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Considerações acerca da disciplina dos crimes de furto, roubo e extorsão no Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9420&p=1>>. Acesso em: 22 out. 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI. Eugênio Raúl. PIERANGELI. José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.