



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

NÚMERO 39

Insignificância e tenuidade do fato enquanto excludentes de tipicidade: uma análise da escassa lesividade da conduta nos sistemas penais brasileiro e italiano

*Insignificance and tenuity of the fact as causes of exclusion of “Penal
Typicity”: an analysis of the scarce harmfulness of the conduct in
Brazilian and Italian Criminal Legal Systems*



Alexander de Castro
Faculdade de Direito UniCesumar

Francesco Macrì
Università degli Studi di Firenze



Insignificância e tenuidade do fato enquanto excludentes de tipicidade: uma análise da escassa lesividade da conduta nos sistemas penais brasileiro e italiano

Insignificance and tenuity of the fact as causes of exclusion of “Penal Typicity”: an analysis of the scarce harmfulness of the conduct in Brazilian and Italian Criminal Legal Systems

Alexander de Castro*

Francesco Macri**

REFERÊNCIA

CASTRO, Alexander de; MACRÌ, Francesco. Insignificância e Tenuidade do Fato Enquanto Excludentes de Tipicidade: uma Análise da Escassa Lesividade da Conduta nos Sistemas Penais Brasileiro e Italiano. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 49-64, dez. 2018.

RESUMO

A renovada atenção aos princípios constitucionais penais no segundo pós-guerra e a consequente limitação do âmbito de incidência da repressão penal abriram espaço para uma discussão sistemática do problema dos crimes de bagatela, aqueles que afetam com baixa intensidade o bem jurídico tutelado por uma norma penal, não obstante amoldarem-se à descrição típica. Várias foram as soluções elaboradas por tradições penais diferentes para oferecer uma solução técnico-jurídica para o problema. Analisamos aqui os princípios da insignificância e da tenuidade do fato (*tenuità del fatto*) desenvolvidos respectivamente pela doutrina brasileira e pela italiana. Demonstramos que ambos os casos possuem confluências na medida em que: a) procuram superar a concepção meramente formalista de tipicidade penal de modo definir a escassa intensidade da lesão ao bem jurídico como uma forma de excludente de tipicidade; b) flexibilizam a objetividade do critério da intensidade da lesão ao bem jurídico ao inserir requisitos referentes à culpabilidade enquanto juízo de desvalor da conduta, ou até mesmo requisitos estranhos à teoria analítica do delito. Conclui-se, assim, que os avanços no tratamento técnico-dogmático dos crimes de bagatela ainda não produziram uma solução definitiva e livre de problemas.

ABSTRACT

The renewed attention to criminal constitutional principles in the second post-war period and ensuing limitation of the scope of criminal persecution gave room to a systematic discussion of bagatelle crimes, i.e. those which only slightly injured the object of criminal legal protection (Rechtsgut), despite its conformation to the legal definition of an offense. Various theories were devised by different legal traditions in order to offer a technical solution to the problem. We analyze the principles of insignificance and tenuity of the fact (tenuità del fatto) developed respectively by Brazilian and Italian jurists. We demonstrate that both cases have confluences to the extent that they: a) seek to overcome the merely formalistic conception of “penal typicity” (tipicidade penal or tipicità penale, i.e. the conformation of a conduct to the legal definition of an offense), in order to define the scarce intensity of the injury to the object of criminal legal protection as a cause of exclusion of its conformation to the “typicity”, and; b) mitigate the objectivity of the criterion of intensity of the injury to the object of criminal legal protection by inserting requisites related to the “culpability” as judgement of disapproval of the conduct (as element of tripartite analytical theory of crime in civil law countries, specifically in its normative conception) or even requisites that are extraneous to the analytical theory of crime altogether. We conclude, therefore, that the advances in the dogmatic treatment of bagatelle crimes have not produced definite and problem-free technical solution yet.

* Professor de História do Direito na UniCesumar e UniFatecie. Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze.

** Professor (nível de Excelência Acadêmica) na Faculdade de Direito (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales) da Universidade San Carlos de Guatemala. Professor de Direito Penal do Curso de Scienze della Sicurezza na Scuola Marescialli e Brigadieri Carabinieri di Firenze. Professor assistente (encarregado de um *assegno di ricerca*) em Direito Penal no Departamento de Ciências Jurídicas da Università degli Studi di Firenze. Doutor em Ciências Penais pela Università degli Studi di Firenze. Foi professor do Master “International Crime and Justice”, no United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute.



**PALAVRAS-CHAVE**

Insignificância. Tenuidade do Fato. Excludente de Tipicidade. Crimes de Bagatela.

KEYWORDS

Insignificance. Tenuity of the fact. Cause of Exclusion of "Penal Typicity". Bagatelle Crimes.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Origens da insignificância no direito penal brasileiro. 2. A insignificância na teoria analítica do delito. 3. Lesividade e concepção realista do delito no direito penal italiano. 4. A não-punibilidade dos fatos caracterizados por uma particular tenuidade segundo o art. 131-bis do código penal italiano. 5. Os requisitos da particular tenuidade da ofensa e da não-habitualidade do comportamento. 6. A aplicabilidade do instituto do art. 131-bis às pessoas jurídicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em perspectiva histórica, o problema dos chamados crimes de bagatela pode ser considerado relativamente novo enquanto tema de indagações, mas já causa certa perplexidade na ciência penal há algumas décadas. De fato, o caráter de mecanismo de controle disciplinar da sociedade imprimido ao direito penal moderno por seus primeiros teóricos na transição do século XVIII ao século XIX levava a uma baixa sensibilidade aos tópicos relativos a um possível requisito de lesividade da conduta criminalizada, ainda que a rigor mesmo seus juristas e filósofos-jurista pioneiros tenham tido uma certa ideia da necessidade de vincular a intervenção penal à tutela de direitos ou algo próximo disso. Não obstante, razões pragmáticas tragaram o direito penal para o âmbito das tecnologias de controle e gestão da pobreza e mesmo condutas de mera desobediência que não atingiam qualquer bem jurídico (como mendicância e vadiagem) passaram a ser alvo da repressão jurídico-penal. Naturalmente, qualquer especulação mais sistemática sobre o problema dos crimes que ofendem bens dignos de tutela penal, mas o fazem com baixa intensidade, seria postergada.

Com a emergência do Estado constitucional no pós-guerra, cada vez mais buscava-se limitações à repressão penal que transcendessem a mera legalidade dos códigos e das leis extravagantes, mas que se encontravam inscritos implicitamente na ordem democrática. Dentre

essas, uma das mais consequentes foi certamente aquela comumente descrita como princípio da lesividade, ou seja, a necessidade de se distinguir, já em abstrato, quais bens jurídicos poderiam hipoteticamente ser lesionados ou postos a perigo pela conduta criminalizada. Outra limitação, aliás de estreitas relações com o princípio da lesividade, passou a ser descrito como princípio de última (ou extrema) *ratio*, segundo o qual nem sempre o direito penal precisa ser chamado a tutelar bens jurídicos. Desses raciocínios básicos, derivaram-se muitas outras teorias sobre os princípios e as características essenciais do direito penal em um Estado democrático de direito, tais com a subsidiariedade e a fragmentariedade. Tais princípios ou características determinantes do direito penal reforçavam a percepção de que havia algo errado em aplicar, contra aquelas condutas que apresentavam um grau de lesão diminuto do bem jurídico sob tutela, as mesmas penas prescritas para aquelas que afetavam esse mesmo bem jurídico de forma relevante, ou até mesmo de que havia algo errado em simplesmente movimentar a máquina penal do Estado contra elas. Por outro lado, esses recursos teóricos não lograram oferecer, ou mesmo sugerir, uma solução para o problema. Enquanto, alguns sistemas penais optaram por uma solução processual, preferida por exemplo na Alemanha, outros formularam princípios e conceitos próprios sobre o tema, reposicionando a questão dentro da teoria analítica do delito. No presente artigo, analisaremos duas dessas tentativas de resolver a





questão dos crimes de bagatela no âmbito da doutrina do delito, o princípio da insignificância tal qual desenvolvido pela penalística brasileira e o princípio da tenuidade do fato (*tenuità del fatto*) originado na Itália.

1 ORIGENS DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

É comum que a penalística brasileira atribua a origem do princípio da insignificância ao criminalista alemão Claus Roxin, citando quase sempre sua obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*¹. Entretanto, conforme já demonstramos em outro texto, parece ser bastante claro que o princípio da insignificância dos penalistas brasileiros tem pouca relação com aquele teorizado por Roxin. No texto em que ele efetivamente introduziu tal princípio, intitulado *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*², que aliás não é quase nunca citado por aqueles que lhe atribuem a paternidade da teoria, sua finalidade era apenas servir de critério para se determinar no caso concreto a reprovabilidade (*Verwerflichkeit*), um elemento normativo inserido no tipo penal do constrangimento ilegal (*Nötigung*) conforme a redação do código penal alemão (§ 240 do StGB). Segundo o texto, o fato só é punível se for antijurídico e, por sua vez, só é antijurídico “quando o uso da força ou da ameaça com relação ao fim pretendido puder ser considerado reprovável”³. Portanto, em sua versão original, o princípio da insignificância de Roxin cumpria a função de reconduzir a análise

de um elemento normativo de um tipo penal específico – a reprovabilidade da conduta no constrangimento ilegal – a uma análise propriamente jurídica, evitando que sua discussão fosse levada para o âmbito da moralidade. Sem levar em conta essa discussão, os criminalistas brasileiros – aparentemente em uma intensa discussão com a doutrina espanhola – terminaram por forjar um instrumento teórico completamente novo, que possui apenas uma relação de homonímia com sua suposta matriz alemã.

2 A INSIGNIFICÂNCIA NA TEORIA ANALÍTICA DO DELITO

Uma vez estabelecido que a baixa intensidade da lesão ao bem jurídico exclui a existência do crime propriamente dito na medida em que é insuficiente para configurar a tipicidade na sua concepção *material e constitucional*, é necessário ainda individualizar os critérios de verificação de tais características. E aqui alguns problemas começam a aparecer. O direito penal e a sua complexa dogmática têm como poucos outros campos do direito a capacidade de revelar as intrincadas contradições às quais somos levados por aquelas ideias que, inicialmente, nos pareciam profundas, simples e elegantes. De fato, a doutrina e os tribunais brasileiros tiveram oportunidade de experimentar essa singular capacidade da ciência penal na tarefa de definir os critérios de aplicação do assim chamado princípio da insignificância – ainda que no mais das vezes aparentemente sem dar-se conta plenamente. Não comentaremos aqui cada uma das várias versões da teoria. É suficiente

¹ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Na maioria das vezes, é a tradução em espanhol que aparece referida: ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

² ROXIN, Claus. *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*. *Juristische Schulung*. München, 40. Jahrgang, pp. 373-381, 1964. A artigo foi republicado em ROXIN, Claus. *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im*

Strafrecht. In: ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, pp. 184-208.

³ No original: “Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.” Alemanha. *Strafgesetzbuch*. Disponível: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_240.html>. Acessado em: 09/09/2018.





mencionar alguns de seus mais importantes intérpretes. Portanto, se diz – por exemplo – que o princípio da insignificância pode ser aplicado somente quando presentes os requisitos que seguem: “a) mínima ofensividade na conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada”⁴. Chama logo a atenção o fato de que a própria circunstância que se pretende verificar, isto é a insignificância da ofensa ao bem jurídico, compareça como critério de sua própria verificação, mais precisamente o último dos quatro ainda que o autor o tenha expresso com o emprego de sinônimos. Mas mais interessante é o fato de que os outros critérios dizem respeito mais aos elementos da culpabilidade, na medida em que são verdadeiros juízos de deslavor da conduta, circunstância de tudo inconsistente com a concepção segundo a qual a escassa lesividade do fato coloca em ação o princípio da insignificância através da exclusão da tipicidade. Além disso, apesar de a matéria ainda não ser objeto de consenso, os tribunais brasileiros são

majoritariamente da opinião que a absolvição por reconhecimento da insignificância da ofensa não é aplicável aos casos de reincidência.

Nesse sentido se pronunciaram o STF e o STJ. Assim, por exemplo, ao analisar um pedido de *habeas corpus* o relator Luiz Fux, apesar de admitir a ideia segundo a qual se devem considerar “somente devem ser considerados critérios objetivos para o reconhecimento dessa causa suprallegal de extinção da tipicidade”, apressa-se em acrescentar que “a prudência recomenda que se leve em conta a obstinação do agente na prática delituosa, a fim de evitar que a impunidade o estimule a continuar trilhando a senda criminosa”. O caso de que trata o *habeas corpus* é um furto da quantia de R\$ 25,00 qualificado pela destruição de um obstáculo, um porta avaliada em R\$ 80,00. Na decisão, o magistrado advertiu que “a aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais”⁵. Obviamente, de novo, se se trata

⁴ Nell’originale: “a) mínima ofensividade na conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.” GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 71. De modo semelhante, com relação especificamente ao crime de furto, MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2.ed. São Paulo: Método, 2014, p. 614.

⁵ O sumário da decisão é o seguinte: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO (CP, ART. 155, § 4º, I E IV). REINCIDÊNCIA NA PRÁTICA CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABEAS CORPUS EXTINTO SEM ANÁLISE DO MÉRITO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. Em que pese haver entendimento de que somente devem ser considerados critérios objetivos para o reconhecimento dessa causa suprallegal de extinção da tipicidade, a prudência recomenda que se leve em conta a obstinação do agente na prática

delituosa, a fim de evitar que a impunidade o estimule a continuar trilhando a senda criminosa. (...) 4. In casu, a) o paciente foi condenado a 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, por ter arrombado a porta de aço do Bar Rei Momo, na cidade de Vitória/ES e subtraído do interior do estabelecimento a quantia de R\$ 6,00 (seis reais) em notas, bem como um porta moedas de plástico, contendo R\$ 19,00 (dezenove reais) em moedas. 3.1. Na sentença condenatória, o magistrado destacou que, além da quantia subtraída, a vítima ainda teve um prejuízo de R\$ 80,00 (oitenta reais), referente ao conserto da porta do estabelecimento que foi arrombada. 3.2. As instâncias precedentes deixaram de aplicar o princípio da insignificância em razão de ser o paciente contumaz na prática criminosa. (...) 6. O reconhecimento da atipicidade da conduta do paciente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta, porquanto trata-se de condenado reincidente. 7. A substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos é possível, ainda que o condenado seja reincidente, “desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”, nos termos do artigo





de uma exclusão da tipicidade, então os critérios da concretização do princípio da insignificância deveriam ser somente objetivos, como bem reconhece o magistrado. De outro lado, é certo que tais considerações de política criminal relativas à prática reiterada de pequenos delitos patrimoniais são importantes. A sua relevância, de qualquer maneira, serve para demonstrar que a apropriada sede dogmática para sua consideração seriam talvez a culpabilidade. De fato, se se considera a versão original do princípio da insignificância, a confusão entre erro de tipo e erro de proibição que induz o elemento normativo da reprovabilidade (*Verwerflichkeit*) inserido no tipo do constrangimento ilegal (*Nötigung*) do código penal alemão (§ 240, 2, StGB), torna aceitável que a falta desta última exclua a tipicidade⁶. Caso contrário, entretanto, o juízo de reprovabilidade diz respeito sempre à culpabilidade.

E finalmente, não obstante hajam alguns precedentes jurisprudenciais importantes para o crime de evasão fiscal, para crimes ambientais e crimes contra a administração pública, o setor penalístico que mais comodamente acolheu o princípio da insignificância é o dos crimes contra o patrimônio, que parecem ser considerados pela penalística brasileira como o campo natural dos delitos de bagatela. E, frequentemente, procura-se isolar a conduta direcionada especificamente

contra o patrimônio daquelas que dizem respeito à integridade física ou à liberdade das pessoas, o que exclui certas modalidades de conduta de crimes patrimoniais que pedem o recurso à violência ou à grave ameaça como forma de execução. Assim um dos mais autorizados defensores da doutrina da insignificância no Brasil, depois de ter se lembrado que “os delitos de bagatela poderiam ser aquelas infrações que individualmente consideradas produzem lesão ou perigo de lesão de escassa repercussão social”, exemplifica mencionando “como é o caso de alguns crimes patrimoniais de pouca monta cometidos sem violência ou grave ameaça”⁷.

É curioso, portanto, lembrar que Roxin – a suposta fonte da doutrina brasileira do princípio da insignificância – excluía do âmbito de aplicação de sua versão do princípio da insignificância justamente os delitos patrimoniais puros. Uma leitura mais apressada de seus textos poderia levar a uma conclusão contrária. Assim, se por um lado, em sua primeira versão, tal princípio dissesse respeito exclusivamente a um elemento normativo, a “reprovabilidade”, do tipo penal do constrangimento ilegal do Código Penal alemão (a *Verwerflichkeit* do tipo da *Nötigung*), já em sua *Política Criminal*, abria-se a possibilidade para uma extensão de sua aplicação a outros crimes⁸. Daí muito provavelmente terá partido a imaginação dos penalistas brasileiros. Entretanto,

44, § 3º, do Código Penal. 8. Habeas corpus extinto sem análise de mérito e ordem concedida de ofício para determinar ao juiz da execução que substitua a pena privativa de liberdade imposta ao paciente por outra restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, § 3º, do Código Penal.” BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 118853/ES. 1ª turma. Rel. Min. Luiz Fux. Espírito Santo. 29 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28118853%2EENUME%2E+OU+118853%2EACMS%2E%29%28PRIMEIRA%2ESESS%2E%29&b ase=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9zt7j76.>>> Acesso em: 28/09/2018.

⁶ Si veda a proposito SAAL, Martin. *Das Vortäuschen einer Straftat (§145 StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikt*. Berlin: Dunckler und Humblot, 1996, pp. 116ss,

especialmente a seção “Geringfügigkeit als negatives Tatbestandsmerkmal”.

⁷ Segue o trecho completo: “[...] os delitos de bagatela poderiam ser aquelas infrações que individualmente consideradas produzem lesão ou perigo de lesão de escassa repercussão social, razão pela qual não se justifica uma relação jurídica grave. [...] Assim também algumas manifestações delituosas não muito graves, punidas com pena de reclusão (como é o caso de alguns crimes patrimoniais de pouca monta cometidos sem violência ou grave ameaça).” LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais penais e da jurisprudência atual*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 47-48.

⁸ ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1973, p. 24.





os exemplos que Roxin elenca na própria *Política Criminal* são exclusivamente de tipos que têm algum elemento em comum com aqueles sobre os quais recai a “reprovabilidade”, a saber, a violência e a ameaça. Seriam, portanto, precipuamente condutas que envolvem coerção física, violência ou ameaça⁹. Assim, o que excluía a tipicidade por insignificância era a incapacidade do constrangimento físico forçar a vítima ao comportamento desejado ou da ameaça realmente intimidar. Por outro lado, os delitos patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça contra a pessoa não apenas não figuram dentre os exemplos que Roxin elencou na *Política Criminal* como ainda, em seu manual, tiveram sua tipicidade confirmada mesmo quando seu bem jurídico, a propriedade ou a detenção de bens imóveis, fosse infringido em parcelas insignificantes¹⁰.

3 LESIVIDADE E CONCEPÇÃO REALISTA DO DELITO NO DIREITO PENAL ITALIANO

A importância do princípio da lesividade, que teve e ainda tem um papel central no debate penalista do pós-guerra também nos países de *Common Law* (*Harm Principle*) e na Alemanha (*Sozialschadensprinzip*), deriva, para a doutrina italiana e europeia, da necessidade de ser o direito penal fragmentário e subsidiário, configurando-se assim como última ou *extrema ratio*. A

intervenção penal, de resto, deveria inspirar-se por essa ótica naquela diretriz de intervenção mínima essencial para que fosse assegurada uma clara matriz garantista, uma sólida legitimação ética e funcional – baseada sobre a incriminação de condutas concretamente lesivas ou perigosas para bens jurídicos não evanescentes – entre os membros da sociedade, e uma adequada sustentabilidade em nível econômico¹¹.

Deve-se desde logo ressaltar que, falando do princípio da lesividade em sentido lato, se está referindo seja à necessidade de excluir da incriminação feita pelas normas penais as condutas privadas – seja em abstrato, seja em concreto – de implicações danosas ou perigosas para bens jurídicos (para as quais se poderia falar – ainda que tal denominação não seja adotada na doutrina italiana – de princípio de lesividade em sentido estrito); seja da exigência de não punir – em tal caso com referência exclusiva ao plano concreto – comportamentos humanos que produzem sim um dano ou perigo para o bem jurídico, mas de medida absolutamente reduzida ou desprezível (princípio da exiguidade/particular tenuidade, adotando nessa última variante a denominação que caracterizou a recente intervenção normativa de 2015).

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, no direito penal italiano o princípio da lesividade não foi expressamente previsto nem pelo código penal de 1930, nem pela constituição de 1948. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência

⁹ ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1973, p. 24.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006, p. 299.

¹¹ Assinale-se as prementes exigências de deflação processual e carcerária orientadas a reduzir o número de processos penais, assegurando, em um país como a Itália caracterizado por orçamento pequeno destinado à justiça penal, também uma duração mais razoável com relação aos cerca de 8 anos atuais (do início do procedimento até a sentença definitiva) e evitando a superlotação dos institutos penitenciários, visto que na Itália o custo médio diário por detento em 2017 foi de 137€ (cerca de 50.000€ ao ano, 80% referente a despesas com o pessoal civil e a polícia

penitenciária), e em 30 de Junho de 2018 – segundo dados oficiais do Departamento de Administração Penitenciária (DAP) do Ministério da Justiça (ITÁLIA. Departamento de Administração Penitenciária (DAP) do Ministério da Justiça. Disponível em:

<https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST125893&previousPage=mg_1_14>, consultado em 10/9/2018) – encontravam-se detidos nos cárceres italianos 58.759 pessoas enquanto a capacidade regular é de apenas 50.632. Recorde-se ainda que a Corte Europeia dos Direitos Humanos, com a sentença Torreggiani de 2013, condenou a Itália por “tratamento desumano e degradante” causado por superlotação carcerária.





ordinária e constitucional procuraram, em diversas ocasiões, afirmar a vigência de tal princípio no sistema penal italiano. Diversas foram as normas de status constitucional e infraconstitucional que fundamentaram tal afirmação. Entranto, foi especialmente a disposição do art. 49 do código penal, sobre o crime impossível, que forneceu seu sustento normativo mais relevante¹². Nessa ótica, esse artigo (especialmente o parágrafo 2) teria sancionado, ainda que indiretamente, a relevância da ofensividade enquanto ulterior pressuposto para a integração dos tipos penais do ordenamento italiano¹³. A previsão contida no art. 49, parágrafo 2, dedicada ao crime impossível (enquanto o parágrafo 1 dizia respeito ao crime suposto erroneamente), exclui a punibilidade de um fato abstratamente correspondente a um tipo penal “quando, devido à inidoneidade da ação ou à inexistência de seu objeto, é impossível o evento danoso ou perigoso”¹⁴.

¹² Veja-se, dentre os mais importantes, CARINGELLA, Francesco; DELLA VALLE, Francesca; DE PALMA, Michele. *Manuale di diritto penale*: Parte generale. 8. ed., Roma: Dike, 2018, pp. 623ss.; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: Parte generale, 7. ed., Bologna: Zanichelli, 2014, pp. 195ss.; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*: Parte generale. 10. ed., Padova: Cedam, 2017, pp. 179ss.

¹³ Considere-se que, havendo muitos tipos penais definidos em legislação especial, o art. 16 do Código Penal italiano estabelece que as disposições do código penal “aplicam-se também às matérias reguladas por outras leis penais se por essas não for estabelecido o contrário” (No original: “si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti”) ITÁLIA. *Codice Penale*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/09/del-reato>>. Acesso em: 04/11/2018.

¹⁴ No original: “quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso”. ITÁLIA. *Codice Penale*. Disponível em:

<<http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/09/del-reato>>. Acesso em: 04/11/2018. De acordo com o parágrafo 4º do artigo sob exame, o juiz pode em tais hipóteses ordenar que ao réu absolvido seja aplicada uma medida de segurança.

No longo debate sobre a correta interpretação do art. 49, parágrafo 2, do Código Penal italiano¹⁵, enquanto alguns autores apenas viram uma reafirmação *a contrario sensu* da disciplina do crime tentado contida no art. 56 do Código Penal italiano (o qual requer já a idoneidade e univocidade dos atos), outros – criticando tal interpretação “reducionista” do art. 49, parágrafo 2, ressaltaram sua autonomia estrutural e conceitual com relação à regulação da tentativa e utilizaram-no como ponto de apoio normativo para elaborar a assim chamada “concepção realista do delito”, segundo a qual a norma em tela confirma a possibilidade de que, no direito penal italiano, possa existir um fato que possua formalmente todos os elementos do tipo penal, mas que ao mesmo tempo não seja ofensivo ao bem jurídico tutelado por esse tipo incriminador¹⁶. Além disso, nos últimos vinte anos, a legislação italiana introduziu outras normas que, ainda que em uma ótica mais processual que material, denotam uma

¹⁵ Veja, dentre outros, FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: Parte generale. 7. ed., Bologna: Zanichelli, 2014, pp. 503ss.; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*: Parte generale. 10. ed., Padova: Cedam, 2017, pp. 188ss.; NEPPI MODONA, Guido. *Il reato impossibile*. Milano: Giuffrè, 1965.

¹⁶ CARINGELLA, Francesco; DELLA VALLE, Francesca; DE PALMA, Michele. *Manuale di diritto penale*: Parte generale. 8. ed., Roma: Dike, 2018, pp. 632ss., evidenciam ad esempio che la ricostruzione in base alla quale l'art. 49, comma 2 sarebbe il doppiopione in negativo dell'art. 56 «è stata sottoposta a revisione critica per una serie di ragioni: a) non convince l'ubicazione codicistica che verrebbe inspiegabilmente ad anticipare la disciplina in negativo del tentativo rispetto a quella in positivo della fattispecie medesima; b) l'art. 56 c.p. si riferisce ai soli delitti, mentre il 49 c.p. abbraccia tutte le ipotesi di reato (...); c) la differente accezione del termine "evento" da intendersi naturalisticamente ai sensi dell'art. 56 c.p. e giuridicamente, cioè come relativo al momento dell'offesa, nella logica del reato impossibile, non potendo altrimenti riferire tale figura generale ai reati di mera condotta; d) in luogo dell'espressione atti, propria della norma sul tentativo, l'art. 49, comma 2, c.p., si riferisce all'azione (...); e) una lettura utile dell'art. 49 c.p., implica un'accezione della stessa norma differente da quella di doppiopione dell'art. 56 c.p., derivandone altrimenti una evidente interpretatio abrogans della previsione normativa».





progressiva atenção do legislador com relação ao princípio da lesividade. Dentre essas, mencionemos apenas o art. 27, do Decreto do Presidente da República n. 448/1998 e o art. 34 do Decreto Legislativo n. 274/2000

4 A NÃO-PUNIBILIDADE DOS FATOS CARACTERIZADOS POR UMA PARTICULAR TENUIDADE SEGUNDO O ART. 131-BIS DO CÓDIGO PENAL ITALIANO

Em março de 2015, o legislador italiano introduziu no código penal, com o Decreto Legislativo n. 28 de 16 de Março de 2015, o novo art. 131-bis do código penal italiano¹⁷. Essa alteração inspirava-se em provimentos legislativos anteriores sobre a “sentença absolutória em sede preliminar devido à irrelevância do fato”¹⁸ (art. 27, Decreto do Presidente da República n. 448/1998) e a “exclusão da procedibilidade nos casos de

particular tenuidade do fato” (art. 34 do Decreto Legislativo n. 274/2000). Firmando a distinção entre condutas inofensivas e aquelas “levemente” ofensivas, cumpre observar que tal instituto tem como objeto àqueles fatos que são qualificáveis como “particularmente tênues”, mas que não obstante – de um ponto de vista “qualitativo – são sem sombra de dúvidas lesivos a bens jurídicos e para os quais, portanto, não é possível concluir-se por uma exclusão da tipicidade em virtude da aplicação do princípio da lesividade, segundo o orientamento recentemente acolhido pela jurisprudência constitucional. De tal forma, com relação a essa classe de delitos, o legislador italiano realizou uma avaliação “quantitativa” de não merecimento – sob o ponto de vista de oportunidade político-criminal – com base em sua lesividade mínima¹⁹. De qualquer forma, deve ser observado que no passado – por razões de justiça substancial – parte da jurisprudência tenha estendido o âmbito da inofensividade (ex art. 49, parágrafo 2 do Código Penal italiano, como já

¹⁷ A norma em questão estabelece o seguinte: “Art. 131-bis – Esclusione della pena per particolare tenuità del fatto 1. Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale. 2. L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona. 3. Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. 4. Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del

primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69. 5. La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante.” ITÁLIA. *Codice Penale*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/02/20/dell-a-modificazione-applicazione-ed-esecuzione-della-pena>>, consultado em: 04/11/2018.

¹⁸ Trata-se da “sentença di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto”, cuja tradução mais literal seria “sentença de ausência de fundamento para o prosseguimento por irrelevância do fato”. A “sentença di non luogo a procedere” é, em geral, uma decisão que nega procedimento à ação penal após uma audiência preliminar. Além da irrelevância do fato, suas causas podem ser, dentre outras, a falta de elementos sobre a autoria do fato ou a circunstância de o fato não constituir crime.

¹⁹ Sobre o instituto em exame, para uma análise mais detalhada e aprofundada, veja-se, entre outros ALBERTI, Giulia. Non punibilità per particolare tenuità del fatto. *Diritto penale contemporaneo* (quotidiano giuridico). Milano, 16 dicembre 2015, pp. 1-13; BARTOLI, Roberto. L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. *Diritto penale e processo*. Milano, pp. 659-670, 2015; GROSSO, Carlo Federico. La non punibilità per particolare tenuità del fatto. *Diritto penale e processo*. Milano, 2015, pp. 517-523.





visto) a fatos caracterizados por uma lesividade extremamente reduzida, mas sempre ainda presente²⁰.

Ressalte-se ainda que o provimento legislativo de 2015, além de introduzir a disciplina substancial do instituto do art. 131-bis do código penal italiano, também procedeu a inserir determinações processuais, intervindo sobre várias normas do código de processo penal para realizar a necessária compatibilização com as previsões relativas a arquivação, efeitos civis da sentença, etc.²¹.

Concentrando-nos, portanto, sobre a disciplina substancial, antes de qualquer coisa deve-se notar que a natureza jurídica de causa de não-punibilidade é reconhecida de modo quase unânime seja pela doutrina²², seja pela jurisprudência²³, especificamente devido a rubrica *legis* “exclusão da punibilidade por particular tenuidade do fato”²⁴. Passando-se à categoria de crimes aos quais o instituto é aplicável, o art. 131-bis do código penal italiano não os elenca nominalmente, estabelecendo apenas que a não-punibilidade devido à particular tenuidade será aplicável a todos os crimes punidos com reclusão igual ou inferior a cinco anos ou com pena pecuniária, acompanhada ou não de

detenção. Com relação a isso, a vírgula 4ª ainda dispõe que “não se tem em consideração as circunstâncias, com exceção daquelas para as quais a lei estabelece uma pena de espécie diversa daquela ordinária para o crime e daquelas com efeito especial”²⁵, e que – para essas últimas – não se leve em consideração um eventual juízo de equivalência e sucumbência (com concorrentes circunstâncias atenuantes) eventualmente utilizável pelo juiz no sentido do art. 69 do código penal.

Tenha-se em mente, além disso, que o direito penal italiano contém já algumas normas que atribuem relevância à tenuidade do fato, como por exemplo a circunstância atenuante do art. 62, n. 3, do código penal italiano, aplicável aos delitos contra o patrimônio nos casos de “dano patrimonial de especial tenuidade”²⁶. A tal propósito deve ressaltar que a não-punibilidade de que trata o art. 131-bis do código penal italiano pressupõe um fato que seja “particularmente” ténue, do que se segue que, na hipótese de uma tenuidade não intensamente marcada, non haverá nenhuma exclusão da punibilidade, mas simplesmente – se presentes os requisitos – uma relevância da medida reduzida da lesão com

²⁰ Veja-se ALBERTI, Giulia. Non punibilità per particolare tenuità del fatto. *Diritto penale contemporaneo* (quotidiano giuridico). Milano, 16 dicembre 2015, p. 3.

²¹ Por exemplo, foi modificada a norma do art. 411 do código de processo penal italiano, inserindo-se ali (na vírgula 1ª) uma nova tipologia de arquivamento por particular tenuidade do fato, além de uma ulterior vírgula (1-bis) para levar-se em consideração as prerrogativas e os direitos previstos para a pessoa ofendida nessa fase do procedimento pelo direito processual penal italiano.

²² Veja, por exemplo, entre os mais autorizados BARTOLI, Roberto. L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. *Diritto penale e processo*. Milano, 2015, p. 662; PADOVANI, Tullio. Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang. *Guida al diritto*, n. 15. Milano, 2015, p. 20.

²³ ITÁLIA. Cassazione penale. *Sez. III*, 8 aprile 2015, n. 15449.

²⁴ Conforme ressaltado por ALBERTI, Giulia. Non punibilità per particolare tenuità del fatto. *Diritto penale contemporaneo* (quotidiano giuridico). Milano, 16

dicembre 2015. p. 3, depõem também no mesmo sentido: “a) il tenore letterale della norma («la punibilità è esclusa [...]»); (...) c) la collocazione all'interno del Titolo V, Libro I, del codice penale (Modificazione, applicazione ed esecuzione della pena), relativo a valutazioni che il giudice deve effettuare dopo aver accertato la sussistenza di un reato e la sua attribuibilità all'imputato; d) la Relazione allo schema di decreto legislativo, che sottolinea ripetutamente come l'applicazione del nuovo istituto presupponga l'esistenza di un reato, che tuttavia non viene punito; e) il nuovo art. 651-bis c.p., che ricollega alle sentenze di proscioglimento, pronunciate in applicazione dell'art. 131-bis c.p. all'esito del dibattimento, efficacia di giudicato nei giudizi civili e amministrativi di danno, quanto alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso”.

²⁵ No original: “non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale”

²⁶ No original: “danno patrimoniale di speciale tenuità”.





relação aos fins sancionatórios, por exemplo para a aplicação da atenuante acima mencionada.

5 OS REQUISITOS DA PARTICULAR TENUIDADE DA OFENSA E DA NÃO-HABITUALIDADE DO COMPORTAMENTO

As duas condições a cuja constatação a regra do art. 131-bis do código penal italiano subordina a aplicabilidade da não-punibilidade são a particular tenuidade da ofensa e a não-habitualidade do comportamento. A tal propósito, por constituir a previsão em exame uma efetivação dos princípios da fragmentariedade, da última *ratio* e da “lesividade em sentido lato” do direito penal, deve-se atribuir peso preponderante ao pressuposto da particular tenuidade da ofensa, sendo a não-habitualidade da conduta um requisito relativo ao autor mais que ao fato do crime, motivado principalmente pela intenção do legislador de ter em consideração, com o fim de circunscrever o âmbito aplicativo da causa de não-punibilidade aqui analisada, exigências de prevenção especial²⁷.

Com relação à particular tenuidade da ofensa, ela será distinguida com base em dois parâmetros oferecido pela: 1) modalidade da conduta, e 2) esiguidade do dano e do perigo, avaliado à luz da disciplina do art. 133, virgula 1, do código penal italiano, norma na qual se encontram os critérios (e, especificamente, no parágrafo 1 aqueles relativos à gravidade do delito) que o juiz italiano deve adotar para determinar a medida da pena. Para esse fim, o legislador italiano individualizou expressamente (art. 131-bis, parágrafo 2), determinadas situações – por exemplo, o emprego de sevícias, a infligção

de dano contra sujeitos em condição de vulnerabilidade (“minorata difesa”) – nas quais o juiz não poderá nunca aplicar a causa de não-punibilidade sob exame: conforme foi corretamente evidenciado, “tais hipóteses podem ser qualificadas como verdadeiras e presunções absolutas de não particular tenuidade, que se conciliam mal com uma visão do instituto baseada sobre a avaliação do caso concreto”²⁸.

O ulterior pressuposto de não-habitualidade do comportamento, ao contrário, deu margem a várias perplexidades, devido ao caráter subjetivista do requisito em tela, que é de difícil conciliação com o objetivo de excluir a punibilidade das condutas objetivamente pouco – aliás poquíssimo – lesivas²⁹. A esse respeito, o parágrafo 3 do art. 131-bis do código penal italiano individualiza determinadas situações nas quais o comportamento possa ser considerado habitual, a saber:

1. o autor tenha sido declarado delinquente habitual, profissional ou por tendência;
2. o agente tenha cometido mais crimes da mesma natureza (ainda que cada um, isoladamente considerado, seja de particular tenuidade);
3. tratem-se de crimes que tenham por objeto condutas plúrimas, habituais e reiteradas.

De qualquer forma, tenha-se presente que a Corte Constitucional italiana, com a *ordinanza* n. 279/2017³⁰, declarou não fundadas as questões de legitimidade constitucional (levantadas pelo Tribunal de Pádua por alegada violação dos arts. 3, 25 e 27 Cost.) do art. 131-bis do código penal italiano, relacionadas primariamente com a inconstitucionalidade do requisito de não-

²⁷ DIES, Riccardo. Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità. *Diritto penale contemporaneo* (quotidiano giuridico). Milano, 13 settembre 2015, pp. 4ss.

²⁸ ADDANTE, Eleonora. La particolare tenuità del fatto: uno sguardo altrove. *Archivio penale*. Pisa, 2, 2016, p. 6.

²⁹ Nesse sentido, veja-se BALLO, Grazia. Particolare tenuità del fatto: la Corte Costituzionale salva l'indice-requisito della non abitualità. *Diritto penale contemporaneo* (quotidiano giuridico). Milano, 5, 2018, pp. 231ss.

³⁰ ITALIA. Corte Costituzionale italiana, *ordinanza* 10 ottobre 2017, n. 279.





habitualidade do comportamento para fins de exclusão da punibilidade³¹.

6 A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DO ART. 131-BIS ÀS PESSOAS JURÍDICAS

Uma das mais relevantes – e controversas – questões inseridas na fase de concreta implementação da causa de não-punibilidade em análise diz respeito à sua aplicabilidade aos entes jurídicos, aos quais na Itália pode ser reconhecida uma “responsabilidade administrativa derivada do delito” (*de facto* penal) no sentido do Decreto Legislativo n. 231/2001³². O legislador em 2015, na introdução do instituto da não-punibilidade por particular tenuidade do fato, efetivamente não dispôs sobre a possível extensão da não-punibilidade ao ente gravado pela responsabilidade – no sentido do Decreto Legislativo n. 231/2001 – derivada de crime “particularmente tênue”: não obstante, grande parte dos “crimes-pressuposto” da responsabilidade do ente sejam punidos com uma pena máxima igual ou inferior aos cinco anos de reclusão previstos como limite legal pelo art. 131-bis do código penal italiano.

A controvérsia jurídica, de qualquer maneira, foi enfrentada pela Corte Constitucional italiana, que – com uma sentença de novembro de 2017 – afirmou a não extensão às pessoas jurídicas responsáveis por crimes no sentido do Decreto Legislativo n. 231/2001 da causa de não-punibilidade aqui tratada³³. A esse respeito, com o intuito de valorizar sua função político-

criminal³⁴, os juízes da Corte Constitucional italiana adotaram uma leitura teleologicamente orientada da fundamental – a esse respeito – disposição do art. 8, Decreto Legislativo n. 231/2001, que sanciona a autonomia da responsabilidade do pessoa jurídica em relação àquela da pessoa física: ocasionalmente se argumentou – na doutrina – como teria sido incongruente, nessa ótica, estender à pessoa jurídica a não-punibilidade por um crime cuja ocorrência foi atestada (ainda que considerado “particularmente tênue”), quando ela, no sentido do art. 8 acima mencionado, é responsável até mesmo em casos de declaratória de extinção do crime-pressuposto (salvo em caso de anistia)³⁵.

CONCLUSÃO

Somente após a emergência do Estado constitucional, após a segunda guerra mundial, é que o problema dos crimes de bagatela passou a ser objeto das preocupações científicas dos penalistas de modo mais sistemático. A diversidade de abordagens para o problema, que em geral refletia a sua complexidade técnica, não deixava de revelar convergências em alguns pontos. No Brasil, a discussão desenvolveu-se em torno do chamado princípio da insignificância, ganhando forma através de um debate que se seguiu a uma problemática recepção das ideias do penalista alemão Claus Roxin. Na realidade, a doutrina brasileira do princípio da insignificância diverge de modo fundamental daquela que Roxin

³¹ Para um maior aprofundamento, veja-se BALLO, Grazia. Particolare tenuità del fatto: la Corte Costituzionale salva l'indice-requisito della non abitualità. *Diritto penale contemporaneo* (quotidiano giuridico). Milano, 5, 2018. pp. 217-232.

³² Sobre esse complexo tema, veja-se, sobretudo, RIVERDITI, Maurizio. *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*. Napoli: Jovene, 2009.

³³ ITÁLIA. Cassazione penale. *Sez. III, 17 novembre 2017, n. 9072*.

³⁴ In tal senso v. CIRILLO, Paolo. L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della Cassazione. *Diritto penale contemporaneo* (quotidiano giuridico). Milano, 5, 2018. p. 164.

³⁵ Così PIRGU, Erisa. Per la Cassazione la particolare tenuità del fatto di reato (presupposto) non esclude la responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001. *Diritto penale contemporaneo* (quotidiano giuridico). Milano, 4, 2018. p. 184.





havia elaborado, permanecendo apenas uma relação de homonímia entre ambas.

Por fim, pode ser dizer que, graças à persuasão dos propugnantes do princípio da insignificância, a maioria da doutrina penalista brasileira espousa a ideia segundo a qual as condutas que ofendem o bem jurídico de modo insignificante são atípicas mesmo quando apresetem todos os elementos do tipo penal. Assim seria porque a lesão insignificante ao bem jurídico, muito embora real e efetiva, escluiria o tipo penal em sua concepção material. Entretanto, o entusiasmo da doutrina não foi acompanhado pelos tribunais, que receberam e aplicaram com cautela o princípio da insignificância. À insignificância da lesão normalmente eram acrescentados outros requisitos relativos à culpabilidade, especialmente a incompatibilidade com a reincidência ou a habitualidade criminosa. Assim, o resultado era que mesmo a ideia da insignificância como causa de exclusão da tipicidade acabava tornando-se problemático.

Na Itália, não há uma previsão constitucional ou infraconstitucional expressa com relação ao princípio da lesividade. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência procuraram identificar previsões legais que bastariam para fundar a vigência do princípio de lesividade no direito penal italiano. No bojo da teoria do delito, tais considerações se conectam com o aparecimento da “concepção realista do delito”, segundo a qual uma conduta pode materializar todos os elementos do tipo penal sem, entretanto, ser lesivo ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. Seu fundamento normativo mais relevante foi fornecido especialmente pela

disposição do art. 49 do código penal, sobre o crime impossível.

Em março de 2015, o legislador italiano inseriu no código penal, com o Decreto Legislativo n. 28 de 16 Março de 2015, o novo art. 131-*bis*, que disciplinava a “exclusão da punibilidade por particular tenuidade do fato”. Esse instituto diz respeito a fatos qualificáveis como “levemente” ofensivos ou “particularmente tênues”, mas que ainda assim são efetivamente ofensivos e para os quais, portanto, não é possível uma exclusão da tipicidade em virtude da aplicação do princípio a lesividade. De tal forma, o legislador italiano realizou um avaliação “quantitativa” de inadequação – em termos de oportunidade político-criminal – da pena.

A particular tenuidade da ofensa será verificada segundo os parâmetros indicados pela: 1) modalidade da conduta, e 2) exiguidade do dano e do perigo, avaliados segundo o art. 133, parágrafo 1 do código penal italiano. O pressuposto da não habitualidade do comportamento seria dificilmente conciliável com a exclusão da punibilidade de condutas objetivamente pouco ofensivas. O parágrafo 3 do art. 131-*bis* do código penal italiano individualizam as situações que indicam a habitualidade do comportamento. Estas seriam: 1- o autor tenha sido declarado delinquente habitual, profissional ou por tendência; 2- o agente tenha cometido mais crimes da mesma índole (ainda que cada um, isoladamente considerado, seja particularmente tênue); 3- trata-se de crimes que tenham por objeto condutas plúrimas, habituais ou reiteradas.

REFERÊNCIAS

ADDANTE, Eleonora. La particolare tenuità del fatto: uno sguardo altrove. *Archivio penale*, Pisa, n. 2, 2016.

ALBERTI, Giulia. Non punibilità per particolare tenuità del fatto. *Diritto penale contemporaneo*, Milano, n. 16, dez. 2015.





ALEMANHA. *Strafgesetzbuch*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_240.html>. Acesso em: 09/09/2018.

BALLO, Grazia. Particolare tenuità del fatto: la Corte Costituzionale salva l'indice-requisito della non abitualità. *Diritto penale contemporaneo*, Milano, n. 5, 2018.

BARTOLI, Roberto. L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. *Diritto penale e processo*, Milano, 2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 118853/ES. 1º turma. Rel. Min. Luiz Fux. Espírito Santo. 29 abr. 2014. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28118853%2EENUME%2E+OU+118853%2EACMS%2E%29%28PRIMEIRA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9zt7j76>> Acesso em: 28 set. 2018.

CARINGELLA, Francesco; DELLA VALLE, Francesca; DE PALMA, Michele. *Manuale di diritto penale*: Parte generale. 8. ed. Roma: Dike, 2018.

CIRILLO, Paolo. L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della Cassazione. *Diritto penale contemporaneo*, Milano, n. 5, 2018.

DIES, Riccardo. Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità. *Diritto penale contemporaneo*, Milano, n. 13, set. 2015.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: Parte generale*, 7. ed. Bologna: Zanichelli, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GROSSO, Carlo Federico. La non punibilità per particolare tenuità del fatto. *Diritto penale e processo*. Milano, 2015.

ITALIA. Cassazione penale. Sez. III, 17 novembre 2017, n. 9072.

ITALIA. Cassazione penale, Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449.

ITÁLIA. *Codice Penale*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/09/del-reato>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

ITÁLIA. *Codice Penale*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/09/del-reato>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

ITÁLIA. *Codice Penale*. Disponível em:
<<http://www.altalex.com/documents/news/2014/02/20/della-modificazione-applicazione-ed-esecuzione-della-pena>>. Acesso em: 04 nov. 2018.





ITALIA. Corte Costituzionale italiana. *Ordinanza 10 ottobre 2017*, n. 279.

ITÁLIA. Departamento de Administração Penitenciária (DAP) do Ministério da Justiça. Disponível em:

<https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST125893&previousPage=mg_1_14>. Acesso em: 10 set. 2018.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais penais e da jurisprudência atual*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: Parte generale*. 10. ed. Padova: Cedam, 2017.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2.ed. São Paulo: Método, 2014.

NEPPI MODONA, Guido. *Il reato impossibile*. Milano: Giuffrè, 1965.

PADOVANI, Tullio. Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang. *Guida al diritto*, n. 15. Milano, 2015.

PIRGU, Erisa. Per la Cassazione la particolare tenuità del fatto di reato (presupposto) non esclude la responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001. *Diritto penale contemporaneo* (quotidiano giuridico). Milano, 4, 2018.

RIVERDITI, Maurizio. *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*. Napoli: Jovene, 2009.

ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1973.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006.

ROXIN, Claus. Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht. *Juristische Schulung*. München, 40. Jahrgang, pp. 373-381, 1964.

ROXIN, Claus. Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht. In: ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, pp. 184-208.

SAAL, Martin. *Das Vortäuschen einer Straftat (§145 StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikt*. Berlin: Dunckler und Humblot, 1996.

Recebido em: 28/11/2018

Aceito em: 28/11/2018



