

**INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE
EXCLUSÃO DA TIPICIDADE NO DIREITO PENAL**

**CURITIBA
2008**

NICOLE PSCHIEDT BITTENCOURT DE ALBUQUERQUE

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE
EXCLUSÃO DA TIPICIDADE NO DIREITO PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista no Curso de Direito Penal e Criminologia promovido pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal e pela Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

**CURITIBA
2008**

SUMÁRIO

RESUMO	v
INTRODUÇÃO	1
1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL.....	5
1.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO.....	5
1.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL.....	6
1.2.1 Princípio da legalidade ou reserva legal	8
1.2.1.1 <i>Nullum crimen nulla poena sine lege praevia</i>	9
1.2.1.2 <i>Nullum crimen nulla poena sine lege scripta</i>	10
1.2.1.3 <i>Nullum crimen nulla poena sine lege stricta</i>	11
1.2.1.4 <i>Nullum crimen nulla poena sine lege certa</i>	12
1.2.2 Princípio da fragmentariedade	13
1.2.3 Princípio da subsidiariedade	15
1.2.4 Princípio da intervenção mínima.....	16
1.2.5 Princípio da lesividade	18
1.2.6 Princípio da proporcionalidade da pena.....	19
1.2.7 Princípio da humanidade	21
1.2.8 Princípio da culpabilidade	22
2 TIPLICIDADE E ANTIJURIDICIDADE.....	24
2.1 DEFINIÇÃO DE TIPO PENAL	24
2.1.2 Tipo e tipicidade.....	25
2.1.3 Fases da evolução da teoria do tipo	26

2.2 INTERESSE, BEM E NORMA	30
2.3 A ANTINORMATIVIDADE.....	31
2.4 ANTINORMATIVIDADE E ANTIJURIDICIDADE.....	36
2.5 ATIPICIDADE CONGLOBANTE E JUSTIFICAÇÃO	37
2.6 NOÇÃO DE BEM JURÍDICO	37
3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	41
3.1 A INSIGNIFICÂNCIA COMO PRINCÍPIO NO DIREITO PENAL.....	41
3.1.2 Breve relato histórico	43
3.1.3 Conceito.....	46
3.1.4 Princípio da insignificância x Irrelevância penal do fato	48
3.1.5 Princípio da insignificância X Crime de bagatela	52
3.1.6 Princípio da insignificância X Infrações de menor potencial ofensivo	54
3.1.7 Ministério público e autoridade policial diante do princípio da insignificância.....	56
4 MEIOS DE INSERÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL	59
4.1 DESCRIMINALIZAÇÃO, DESPENALIZAÇÃO E DESCONSIDERAÇÃO DA TIPICIDADE	59
4.2 ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	61
4.3 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE	63
4.4 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	64
5 CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	70
5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	70

5.2 PRINCIPAIS CRÍTICAS	71
5.2.1 Indeterminação conceitual	71
5.2.2 Previsão legislativa de tipos privilegiados, contravenções penais e infrações de menor potencial ofensivo	73
5.2.3 Ausência de previsão legal e a segurança jurídica	75
5.2.4 Ausência de resposta jurídica	77
5.2.5 Dificuldade de valoração da ofensa nos delitos não materiais.....	80
 CONCLUSÃO	 81
 REFERÊNCIAS	 87

RESUMO

O presente trabalho procurou abordar um pouco mais acerca do princípio da insignificância, princípio este que leva a desconsideração da tipicidade da conduta, descriminalizando-a, por ser esta tão ínfima que desmerece a dura e cruel intervenção penal. O Direito Penal é de natureza subsidiária e fragmentária. E esta afirmação é o cerne do entendimento do referido princípio. Assim, somente há como punir as lesões de bens jurídicos, se esta for indispensável para uma vida em comum ordenada. Destarte, o direito penal só irá intervir onde não bastem outros meios de proteção. É fragmentário porque não é um sistema que protege qualquer bem jurídico, mas apenas aqueles mais importantes para o homem e que necessitem de proteção por terem elevada significação na vida em sociedade. Diante de tal fato, a doutrina e a jurisprudência vêm traçando a exclusão material do tipo pelo princípio da insignificância. Desta forma, não basta que a conduta se amolde a um mero juízo formal de subsunção (tipicidade formal), e sim que além de adequar-se ao tipo legal, seja contrária à norma, ofensiva ou perigosa aos bens jurídicos protegidos pela norma penal (tipicidade material). Assim, o princípio da insignificância serve como um corretivo da tipicidade legal, atuando como um instrumento de interpretação restritiva dos tipos penais, posto que, exclui do âmbito do típico aquelas condutas que geram resultados ínfimos, e que, portanto, deveriam estar excluídas do âmbito de proibição do tipo legal. As críticas ao princípio são perfeitamente refutáveis. Ao serem alcançadas condutas insignificantes pela norma penal devido à imperfeição do trabalho legislativo, faz-se necessário o correto manuseio do mencionado princípio, o qual auxilia na tarefa de reduzir ao máximo o campo de atuação do direito penal, reservando-o apenas para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis. Por fim, o tema, apesar de muito controvertido é apaixonante, pois nos faz refletir o quão importante é adotar um sistema que esteja a serviço do ser humano e não o contrário.

Palavras-chave: subsidiariedade, fragmentariedade, intervenção mínima, lesividade, proporcionalidade e tipicidade material.

INTRODUÇÃO

Já dizia Von Liszt em 1896: “A nossa atual legislação faz um uso excessivo da arma da pena. De particular é, pois, a eliminação das pequenas questões do setor do ilícito criminal”.¹

O Direito Penal é regido por princípios que delimitam sua área de atuação, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais.

Por conseguinte, desponta uma tendência político-criminal contemporânea que postula justamente a redução ao mínimo da solução punitiva dos conflitos sociais através desse ramo do Direito que se mostra tão severo. A moderna política criminal reclama um exame rigoroso dos casos em que convém impor a reprimenda penal, com todas as conseqüências que essa sanção impõe não só ao indivíduo, mas a toda coletividade.

Assim, do princípio da intervenção mínima decorre o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, o que significa que este só vai atuar quando por meio de outros ramos do direito não for possível dar uma proteção jurídica suficiente a um determinado bem jurídico de relevância.

Destarte, o indivíduo que infringe determinada norma, só deverá ser submetido à sanção penal, quando isso seja imprescindível para a manutenção da ordem social, ou seja, quando realmente houver uma grave afetação de um bem jurídico penalmente tutelado. De tal sorte que, a atuação penal só se justifica quando em socorro de um bem jurídico importante, não podendo alcançar fatos que se situem exclusivamente no campo da moral, nem situações que embora ilícitas, não atinjam significativamente a ordem externa. Portanto, a intervenção punitiva penal carece sempre da necessidade e da imprescindibilidade.

Entretanto, o que deveria resultar em uma intervenção cada vez menor, com redução do campo de incidência do direito penal, reflete-se em uma realidade totalmente diversa, com um crescente incremento da legislação criminal. Como conseqüência dessa inflação legislativa, verifica-se uma “invasão” constante do direito repressivo em esferas que, de longe, dispensariam tal ingresso.

¹ LISZT, Franz Von. In: VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27.

Dessa forma, a todo momento, é elaborada uma norma penal, sem que os legisladores levem em conta a efetiva capacidade das instituições de aplicarem as leis com pertinência e eficácia.

Importante se notar ainda que o legislador, quando da elaboração de um tipo penal, leva em conta “modelos de vida” que deseja punir, no entanto, o processo de tipificação se mostra defeituoso diante da impossibilidade de reduzir a infinita gama de atos humanos em fórmulas estanques. Essa imperfeição do trabalho legislativo acaba por alcançar situações que não deveriam ser abrangidas pelo direito penal, pois faz com que possam ser consideradas formalmente típicas condutas que, na verdade, deveriam estar excluídas do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal.²

Um caso conhecido e que ilustra bem a exposição acima é o romance escrito por Victor Hugo, “Os Miseráveis”. Nele, há a história de João Valjean, que por ter furtado um pão para saciar a fome de seu sobrinho, e em razão desse furto e pelas várias tentativas de fuga que se seguiram àquela condenação teve sua vida inteira destruída, pois, o passaporte de ex-condenado era um atestado de periculosidade que lhe fechava todas as portas.³

Após João ter confessado seu ato, será que seu castigo não foi por demais excessivo?

Situações como essa e como tantas outras (furtos de xampus, de frutas, etc. que por vezes levam a prisões de anos) dão ensejo a recordar o adágio popular: “Quem rouba um pão é ladrão, quem rouba um milhão é barão”. Desse modo, a justiça deve estar disponível para punir com prioridade grandes crimes, pois, os armários das delegacias e prateleiras forenses estão abarrotados de processos criminais alusivos a ninharias, o que dificulta e retarda ainda mais a resolução de questões que realmente justifiquem a movimentação da máquina judiciária, levando a impunidade e ao desprestígio do sistema penal.

Nesse contexto, o princípio da insignificância surge justamente como um instrumento de grande relevância para a correção dos desvios existentes na legislação penal, pois através dele, vai se exigir um critério de razoabilidade na

² SANGUINÉ, Odone. In: VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 56.

³ BRITO NOGUEIRA, Fernando Célio de. **Os miseráveis e o princípio da insignificância**. In: Boletim IBCCRIM, n° 16, ano 10, jul/2002, p. 7.

aplicação do direito penal, desconsiderando fatos de ínfima afetação como fato criminoso e através da desconsideração da tipicidade, desqualificar tal fato como crime. Dessa forma, ao atuar como instrumento de interpretação restritiva do direito penal, revelando sua natureza subsidiária e fragmentária, a adoção do benfazejo princípio evita que condutas penalmente insignificantes acabem por subsumirem-se ao tipo legal, quando, na verdade não possuem o condão de invocar tal tutela, sempre a *ultima ratio* de todo o ordenamento jurídico, pois, mister que haja uma proporcionalidade entre a repercussão social do fato e a sanção proposta.

A fim de definir, caracterizar e dar os devidos contornos à aplicação do princípio da insignificância no sistema penal brasileiro, o presente trabalho vem estruturado em cinco capítulos.

No primeiro são apresentados os princípios maiores que regem e dão sentido ao ordenamento jurídico-penal. O método consiste em definir, inauguralmente o conceito de princípio, para, fazer-se um apanhado dos postulados que, juntamente com o princípio da insignificância, compõe os alicerces de sustentação da dogmática penal democrática, e que, por outra perspectiva, fundamentam a aplicação do princípio da insignificância.

Posteriormente, o que se busca é a atual concepção de tipo penal, para que em seguida se possa concluir que o princípio da insignificância é um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal. Para tanto, foi feita a definição de tipo penal, as fases de evolução de sua teoria, na qual constata-se que, atualmente, o tipo não exerce função meramente descritiva, mas também opera como *ratio cognoscendi* da ilicitude.

Em seguida, há um apanhado geral de como é feito o processo de tipificação de condutas, na qual o legislador ao valorar um ente, traduzindo-o em uma norma eleva-o à categoria de bem jurídico, e ao dar a este a tutela penal, ele passa a ser um bem jurídico *penalmente* tutelado.

Também foi feito um estudo sobre a antinormatividade, a qual não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Para uma melhor clareza a respeito do tema, foi feita a distinção entre tipicidade legal (formal), tipicidade conglobante (material), e tipicidade penal (tipicidade legal mais tipicidade material), para ao final concluir-se que, para uma conduta ser penalmente típica,

mister seja ela não só típica formalmente, mas também materialmente, ou seja, não basta que a conduta do agente enquadre-se no tipo legal que está previsto no Código, mas que também esta conduta seja antinormativa e que se revele ofensiva ou perigosa para os bens jurídicos protegidos pela lei penal. Dessa forma, o princípio da insignificância está estritamente ligado ao conceito material de tipo.

No terceiro capítulo, pretende-se a caracterização da insignificância como princípio no sistema penal, bem como sua conceituação, evolução histórica e distinções entre o referido princípio e: o princípio da irrelevância penal do fato, os crimes de bagatela, as infrações de menor potencial ofensivo e as questões inerentes ao Ministério Público e autoridade policial diante do princípio da insignificância.

Os meios de inserção do princípio da insignificância no direito penal compõem o quarto capítulo, onde são feitas considerações a respeito da descriminalização, da despenalização e da desconsideração da tipicidade, como também, da difícil tarefa de delimitar sua hipótese de incidência em relação ao dilema da aplicação do princípio quando da irrelevância do desvalor da ação ou do resultado. Incerto na abordagem da insignificância como princípio, traça-se um paralelo entre o postulado da insignificância e o da ofensividade, seu correlato italiano. Nesse sentido, vem expresso também o princípio da adequação social, importante instrumento de interpretação e compreensão de tipos penais, cuja finalidade maior refere-se à exclusão da tipicidade de condutas que, embora formalmente típicas, se realizam dentro de uma esfera de normalidade social.

Por derradeiro, a exposição das principais objeções à aplicação do princípio da insignificância, bem como a sua defesa, vez que as críticas até agora formuladas não lograram êxito na tarefa de eliminar a validade do princípio como instrumento legítimo a afastar a tipicidade de condutas que, pela sua irrelevância social, apresentam-se destituídas de qualquer valoração digna de merecer a tutela penal.

Destarte, a mera interpretação literal dos textos legais pode estar muito distante da realidade na qual vivemos. O juiz deve sentenciar em busca da justiça, não apenas se ater à letra fria da lei a qual não se mostra adequada em diversas situações.

1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL

1.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO

Os princípios são vigas mestras, as bases de sustentação de todo o sistema jurídico, portanto, diferem das regras pelo seu maior grau de abstração e inferior grau de aplicabilidade, mas em contra partida, possuem maior valor para o sistema como um todo, visto que concretizam os valores deste. Razão pela qual, violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.⁴

Os princípios podem apresentar-se de forma explícita ou implícita no texto jurídico.

Com muita propriedade, afirma Roque Antonio Carraza que o princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito. Exatamente por tal motivo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas sim, se existe ou não existe. Se o princípio existe, o jurista, com o instrumental teórico que a ciência do direito coloca à sua disposição, tem sempre o dever de discerni-lo.⁵

Kant deixou consagrado que “princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo.”⁶

Por igual modo, em qualquer ciência, princípio é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Assim, nessa medida, é a pedra angular de qualquer sistema.⁷

⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 230.

⁵ CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 26.

⁶ KANT, Crítica da razão pura. In: CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 23.

⁷ CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 24.

Em conformidade com Maurício Antonio Ribeiro Lopes, princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere à tônica e lhe dá sentido harmônico.⁸

Como bem salienta Ribeiro Lopes:

o que define algo como princípio é precisamente sua capacidade de superar os limites de sua força interna para irradiar comandos operadores do funcionamento de estruturas alheias ao próprio ser. O princípio projeta sua relevância sobre a existência de outros seres, por isso seu caráter transcendental, superior e vinculante.⁹

A violação de um princípio implica ofensa não apenas a uma norma específica, mas a todo um sistema jurídico. A utilidade dos princípios reside na sua capacidade conformadora do raciocínio interpretativo da lei como forma de se manter coerência e unidade das interações normativas fundamentais.

1.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Toda legislação positiva pressupõe certos princípios gerais do direito. No direito penal, esses princípios têm uma função essencial, que é a da garantia do cidadão em um Estado Social e Democrático de Direito.

Entende Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Régis Prado que “as idéias de igualdade e de liberdade advindas do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais.”¹⁰

Hoje, esses princípios estão explicita ou implicitamente na Constituição Federal de 1988 (CF/88) em seu art. 5º, todos com a função de orientar o legislador

⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33

⁹ Idem, op. cit., p. 35.

¹⁰ BITENCOURT, César Roberto; PRADO, Luiz Régis. **Princípios fundamentais de direito penal.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 4, nº 15, jul/set 96, p. 81.

ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, um Direito Penal mínimo e garantista.

Entende Maurício Antonio Ribeiro Lopes que a partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade converteu-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual, e que seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão frente à intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito.¹¹

Para Nilo Batista a procura de princípios básicos do Direito Penal exprime um esforço para caracterizá-lo e delimitá-lo. Existem efetivamente alguns princípios básicos que, por sua ampla recepção na maioria dos ordenamentos jurídico-penais, pela significação política e seu aparecimento histórico ou de sua função social, e pela reconhecida importância de sua situação jurídica, constituem patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas. Tais princípios básicos, embora reconhecidos ou assimilados pelo Direito Penal, seja através de norma expressa, seja pelo conteúdo de muitas normas a ele adequadas, não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.¹²

O certo é que, a base desses princípios, está na idéia de um Estado Democrático de Direito e na busca da reconstrução de um sistema penal em harmonia com o sentido garantidor de liberdade que tanto se busca como forma de redução das potencialidades interventivas do Estado sob a esfera de direitos mais importantes da sociedade e do indivíduo.

Cada autor costuma relacionar os princípios de uma forma.

No entanto, os principais, mais relacionados com o princípio da insignificância, podem assim ser elencados: princípio da legalidade ou reserva legal e seus desdobramentos, princípio da fragmentariedade, princípio da subsidiariedade, princípio da intervenção mínima, princípio da lesividade, princípio da proporcionalidade da pena, princípio da humanidade e princípio da culpabilidade.

¹¹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais**. In: Revista dos Tribunais, v. 89, n° 779, set/2000, p. 417.

¹² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 62.

1.2.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal

O princípio da legalidade surge historicamente com a revolução burguesa e exprime o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal. Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo.¹³

É um imperativo que não admite desvios nem exceções, pois representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigência de justiça, que só não é empregada nos regimes totalitários.¹⁴

Segundo este princípio, o homem é livre para atuar em tudo aquilo que não ofenda a norma penal.

O princípio consagrado por Feuerbach pela forma latina *nulum crimen, nulla poena sine lege*, faz com que a lei penal seja fonte exclusiva de declaração de crimes e das respectivas penas.¹⁵ Pode-se se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.

Assim, dispõe o artigo 1º do nosso Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e também na Constituição brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, inciso XXXIX.

Por ter o Direito Penal o caráter de *ultima ratio*, ou seja, por ser o meio mais drástico de intervenção estatal devido à gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, o princípio da legalidade controla o poder punitivo estatal e confina sua aplicação em limites que excluam toda a arbitrariedade e excesso do poder punitivo.¹⁶

¹³ Idem, op. cit., p. 65.

¹⁴ MARTINEZ, Milton Cairolí. **Curso de derecho penal uruguayo**, 2 ed. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1990, t. 1, p. 99.

¹⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo I: introdução, norma penal, fato punível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹⁶ MUÑOZ, Conde e ARÁN, Mercedes García. **Lecciones de derecho penal**, Sevilla, 1991, p. 74.

O princípio da reserva legal, além de fixar o *jus puniendi* do Estado nos limites definidos em lei, dá ao Direito Penal uma função de garantia. Tornados certos o delito e a pena, se assegura ao cidadão que somente por aqueles fatos previamente definidos na lei, e nas penas previamente cominadas será julgado e apenado.

Ensina Nilo Batista que o princípio da legalidade é a base estrutural do próprio Estado de Direito, e também pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado, mas também na perspectiva subjetiva do sentimento de segurança jurídica.¹⁷

Como é um direito do Estado estabelecer proibições e limitações, tudo o que não estiver proibido é permitido.

A marca evolutiva do princípio da legalidade levou à construção do *nullum crimen nulla poena sine iuria*, ou seja, não há crime nem pena sem a causação de um dano relevante a um bem jurídico penalmente protegido.¹⁸ Tal expressão é a que mais se relaciona com o princípio da insignificância.

O princípio da legalidade pode ser visto sob quatro desdobramentos: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (a lei deve ser prévia ao fato ocorrido), *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (escrita), *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (estrita) e *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (certa), de modo a ter validade e eficácia diante de um caso concreto.

1.2.1.1 *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia.*

Um dos corolários do princípio da legalidade é o da irretroatividade da lei penal, ressalvada a retroatividade favorável ao acusado – “a lei penal não retroagirá, salvo quando para beneficiar o réu” (artigo 5º, XL, Constituição Federal e artigo 2º, Código Penal).

A irretroatividade é conseqüência das idéias consagradas pelo *Iluminismo*, insculpida na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

¹⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p.67.

¹⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 73.

Embora conceitualmente distinto, o princípio da irretroatividade ficou desde então incluído no princípio da legalidade.¹⁹

Contudo, o princípio da irretroatividade da lei penal, vige somente em relação à lei mais severa, pois, admite-se, no direito intertemporal, a aplicação retroativa da lei mais favorável (art. 5º, XL, CF/88). Assim, a lei nova que for mais favorável ao réu sempre retroage.

Destarte, a lei só pode alcançar fatos cometidos após a sua vigência, não pode retroagir em detrimento do acusado. Para que haja crime e seja imposta pena é preciso que o fato tenha sido cometido depois de a lei entrar em vigor.²⁰

Portanto, não há crime nem há pena sem lei anterior que os defina.

1.2.1.2 *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta.*

Outro desdobramento do princípio da legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, impõe que não há crime nem há pena sem lei escrita.

Segundo Heleno Cláudio Fragoso “não é possível admitir a criação de crimes e penas pelo costume. Só a lei pode ser fonte de normas incriminadoras.”²¹

Segue a mesma opinião Nilo Batista “face ao princípio da legalidade, impróprio se mostra o direito consuetudinário, uma vez que somente a lei escrita, promulgada de acordo com as previsões constitucionais, pode criar crimes e cominar penas.”²²

No entanto, Assis Toledo alerta que não se deve cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Os

¹⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais**. In: Revista dos Tribunais, v. 89, nº 779, set/2000, p.422.

²⁰ Cumpre lembrar que as leis temporárias ou excepcionais constituem exceções ao princípio da irretroatividade da lei penal, e são ultra-ativas. As excepcionais são aquelas que só vão adquirir eficácia diante de fatos e situações especiais. A temporária é a que vige em um determinado prazo. O Código Penal, em seu artigo 3º, prevê que tanto as leis excepcionais como as temporárias se aplicam aos fatos ocorridos durante o tempo que de sua eficácia, embora já decorrido esse período. In: MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 68.

²¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 94.

²² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 70.

costumes têm grande importância na elucidação do conteúdo dos tipos e como causa supralegal de exclusão de ilicitude.²³

A doutrina tem reconhecido o costume, sempre que beneficia o acusado, como fonte de direito penal. Entretanto, nega-se aos costumes a função derogatória, a significar que a simples omissão ou tolerância da autoridade em reprimir crimes ou contravenções não basta para revogar a norma incriminadora penal.²⁴

1.2.1.3 *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta.*

O corolário *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, proíbe a adequação típica por semelhança entre fatos.

Exclui-se, assim, a possibilidade de aplicação analógica das normas que definem crimes e estabelecem sanções, para abranger casos por elas não expressamente contemplados.

Segundo Fragoso a aplicação analógica compromete a segurança do indivíduo em face do poder punitivo do Estado.²⁵

Ensina Aníbal Bruno que²⁶ o princípio da reserva legal, que fixa em limites precisos as zonas do lícito e do ilícito, reduzindo o poder do juiz à aplicação da lei, é uma conquista liberal penosamente adquirida e que importa conservar, enquanto o direito penal não se libertar da idéia, que hoje ainda o inspira, da punição da culpabilidade do agente por meio do castigo da pena. O Direito punitivo é lei escrita, circunscrito aos fatos que, dentro dos limites da interpretação, ela compreende. Não pode ser integrado nas suas lacunas pelo suprimento da analogia.

No entanto, assevera que, essa exclusão refere-se ao direito penal em sentido estrito, o que define fatos puníveis e comina sanções. Mas dentro do espírito do direito punitivo, admite-se a analogia, desde que dela não resulte agravamento da situação do agente.

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 25.

²⁴ Idem, op. cit., p. 26.

²⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.95.

²⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo I: introdução, norma penal, fato punível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 134-135.

Zaffaroni explica que:

se por analogia, em direito penal, entende-se completar o texto legal de maneira a estendê-lo para proibir o que a lei não proíbe, considerando ilícito o que a lei justifica, ou reprovável o que ela não reprova ou, em geral, punível o que não é por ela penalizado, baseando a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprova condutas similares, este procedimento de interpretação é absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do direito penal.²⁷

Costuma-se distinguir entre analogia *in malam partem* e analogia *in bonam partem*, entendendo pela primeira a que integra a lei estendendo a punibilidade e pela segunda a que a restringe, isto é, a primeira fundamenta a aplicação ou agravamento da pena em hipóteses não previstas em lei, semelhantes às que estão previstas; a segunda fundamenta a não-aplicação ou a diminuição da pena nas mesmas hipóteses. A primeira agrava a situação do acusado, a segunda lhe traz benefícios.²⁸

Para Zaffaroni, sempre que se trate de integrar a lei, a analogia está proscria, independentemente do sentido que a ela for dado, ainda que, eventualmente possa admitir-se a analogia *in bonam partem* para salvar a racionalidade do direito e, com ela, o princípio republicano de governo, que exige esta racionalidade.²⁹

1.2.1.4 *Nulum crimem, nulla poena sine lege certa.*

O último dos desdobramentos do princípio da legalidade refere-se à proibição de incriminações vagas e imprecisas – também chamado por princípio da taxatividade.

Ensina Maurício Antonio Ribeiro Lopes que a função de garantia individual, exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p. 173.

²⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p. 173.

que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos.³⁰

Fragoso comenta que, se a incriminação é vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador.³¹

Assim, o princípio diz respeito à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo legal e no estabelecimento da sanção para que exista real segurança jurídica, evitando-se assim o *arbitrium iudicis* através da certeza da lei.³²

1.2.2 Princípio da fragmentariedade

A fragmentariedade é corolário da intervenção mínima e da reserva legal, pois, conforme esclarece Bitencourt, nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos.³³

Destarte, vejamos:

Segundo o princípio da insignificância, informador do juízo de tipicidade, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico e não deve ocupar-se de bagatelas. (TACrim, Apel. 614.803/7, Rel. Saraiva de Medeiros, 19.12.1990).

De acordo com Maurício Antonio Ribeiro Lopes, o Direito Penal não foi construído com objetos de tutela que lhe fossem próprios ou exclusivos. Ao contrário, a sua formulação sempre esteve condicionada por um processo de eleição

³⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais**. In: Revista dos Tribunais, v. 89, n° 779, set/2000, p.425.

³¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 95.

³² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais**. In: Revista dos Tribunais, v. 89, n° 779, set/2000, p.425.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**, v. 1, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

de bens jurídicos estranhos aos seus limites, captando-os e reconhecendo-os num sentido de importância informado por outros ramos do Direito.³⁴

A essa construção do sistema criminal sob uma escala de valores imposta pelas circunstâncias de história, ética e padrão cultural de cada povo é que ele considera como o caráter fragmentário do Direito Penal.

Afirmava Binding que o Direito Penal não constitui um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas sim um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídica penal.³⁵

Assim, entende-se que, o Direito Penal é fragmentário, porque não é um sistema que protege qualquer bem jurídico, mas apenas aqueles mais importantes para o homem e que necessitem de proteção penal por terem significação na vida em sociedade.

Quando o legislador elabora o tipo penal não sabe o real alcance que esse terá, mostrando assim que o processo de tipificação é defeituoso, pois não há como reduzir em fórmulas estanques todas as condutas possíveis, o que acarreta na possibilidade de se considerarem formalmente típicas condutas que, na verdade, deveriam estar excluídas do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal.

Anota Nilo Batista que, se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa. Constitui-se assim, o Direito Penal como um sistema descontínuo de ilicitudes, bastando folhear a Parte Especial do Código Penal para percebê-lo³⁶. Supor que a legislação e a interpretação tenham como objetivo preencher suas lacunas e garantir-lhe uma totalidade é, falso em seus fundamentos e incorreto enquanto método interpretativo seja do ângulo político criminal, seja do ângulo científico.³⁷

³⁴ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 65.

³⁵ Idem, op. cit., p. 67.

³⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 86.

³⁷ NAVARRETE, Miguel Polaino. **Derecho Penal**. In: BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 86.

O princípio da insignificância surge justamente para acentuar o caráter fragmentário do Direito Penal, evitando que se condene uma conduta formalmente típica, mas que na realidade não tenha ofendido o bem jurídico nos padrões que merece a tutela penal, onde os meios repressores são os mais violentos para o cidadão.

1.2.3 Princípio da subsidiariedade

A subsidiariedade no Direito Penal pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como remédio sancionador extremo, que deve, portanto, ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente.³⁸

Como ensina Maurach, não se justifica aplicar um recurso mais grave, quando se obtém o mesmo resultado através de um sistema mais suave.³⁹

Foi observado por Roxin, cita Nilo Batista, que a utilização do direito penal onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar e reinstaurar a ordem jurídica, não dispõe da legitimação da necessidade social e perturba a paz jurídica, produzindo efeitos que, afinal contrariam os objetivos do Direito.⁴⁰

Dessa forma, o direito penal apenas deve intervir quando outros ramos estiverem ausentes, falharem ou forem insuficientes para prevenir ou punir uma conduta ilícita e socialmente reprovável. Deverá o direito penal ser o último recurso. A pena deve ser reservada aos momentos em que realmente seja considerada indispensável.

Trata-se, ademais disso, de simplesmente conferir atualidade ao teor do artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e seguir as lições seculares de Beccaria.

Resumindo, antes de se recorrer ao Direito Penal, deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social.

³⁸ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 58.

³⁹ MAURACH, Reinhart. **Trato de derecho penal**. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona, Ariel, p. 31, 1962.

⁴⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

1.2.4 Princípio da intervenção mínima

Leciona René Ariel Dotti que a defesa do princípio da intervenção mínima, que identifica o chamado *Direito Penal mínimo*, constitui uma das expressões mais vigorosas do movimento crítico que se propõe a discutir e avaliar a crise do sistema positivo, depurando-o da insegurança jurídica e da ineficácia a que conduz o fenômeno da hipercriminalização. Para ele, a hiperinflação legislativa faz com que se reduza intensamente o poder coercitivo do Direito Penal em face da rotineira criação de tipos que não satisfazem as exigências de proteção de bens jurídicos fundamentais.⁴¹

Como a legalidade não tem sido força suficiente para banir do sistema penal o indesejável arbítrio do Estado, este, respeitada a prévia legalidade dos delitos e das penas, pode criar figuras delitivas iníquas e instituir penas vexatórias à dignidade humana. Assim, impõe-se, para evitar uma legislação inadequada e injusta, restringir, e mesmo, se possível, eliminar o arbítrio do legislador.⁴²

O princípio estabelece que o direito penal só deve atuar na defesa de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma. Aparece como uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* do Estado e deriva da própria natureza do direito penal e da concepção material de Estado de Direito.⁴³

Segundo Vico Mañas, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração deriva do mito da plenitude do ordenamento jurídico e não encontra amparo no moderno pensamento filosófico, nem na realidade da prática penal.⁴⁴

Quintero Olivares entende que a pena é a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado, assim, não se

⁴¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37.

⁴² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais**. In: Revista dos Tribunais, v. 89, n° 779, set/2000, p.437.

⁴³ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 57.

⁴⁴ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.57.

deve recorrer ao Direito Penal e a sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais.⁴⁵

Assim, o princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*, preconiza que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.

No dizer de Muñoz Conde, a feição subsidiária do Direito Penal e sua intervenção se justificam quando, “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do Direito”.⁴⁶

A doutrina não raro faz uma confusão doutrinária entre o princípio da insignificância e o da intervenção mínima.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes esclarece que, conquanto sejam institutos correlatos, guardam independência claramente visível. O primeiro opera uma transformação nos valores abstratamente selecionados para compor o sistema penal, importando um maior rigorismo na eleição das condutas, observando-se o seu grau de gravidade no ambiente social para determinar a valorização do bem jurídico objeto de seu conteúdo; por seu turno, o princípio da insignificância é que dirige uma hermenêutica dinâmica projetada sobre o Direito Penal já construído, buscando atualizar e materializar a tipicidade e a ilicitude em função do resultado concreto.

Assim, o princípio da insignificância pode ser descrito como uma aplicação específica do princípio geral de intervenção mínima, uma vez que aquele é uma modalidade judicial que concreciona este, conforme implicitamente reconhecido pela seguinte ementa:

As preocupações do Direito Penal devem se ater aos fatos graves, ao chamado espaço do conflito social, jamais interferindo no espaço do consenso. Vale dizer, a moderna Criminologia sugere seja ele a *ultima ratio* da tutela dos bens jurídicos, a tornar viável, inclusive, o princípio da insignificância, sob cuja inspiração e persecução penal deve desprezar o fato típico de escassa ou nenhuma lesividade. (TACrim, Apel.909.821/5, Rel. Dyrceu Cintra, 22.06.1995)

⁴⁵ OLIVARES, Quintero. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Barcanova, 1981, p. 49.

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editos, 1988.

O princípio da intervenção mínima está diretamente afeto aos critérios do processo legislativo de elaboração de leis penais, sendo sua utilização judicial mediata. O princípio da insignificância é de utilização judicial imediata como forma de determinar a existência do crime em face da tipicidade material e da ilicitude concreta.⁴⁷

1.2.5 Princípio da lesividade

Como ensina Roxin, só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e não simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; o Direito Penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos. Assevera que à conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta lesividade que pode legitimar a intervenção penal.⁴⁸

O princípio da lesividade proíbe a incriminação de atitudes internas, tais como idéias, convicções, desejos, pois, não podem constituir fundamento de tipo penal, nem mesmo quando estão orientadas para a prática de um crime.⁴⁹ Veda da mesma forma a incriminação de uma conduta que não exceda o ânimo do próprio autor: assim, os atos preparatórios para o cometimento de um crime cuja execução não é iniciada não são punidos; o mesmo fundamento proíbe a punibilidade da autolesão e do crime impossível. Também vai coibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, ou seja, o Direito Penal de um Estado de Direito não pode ser um direito penal do autor, mas um direito penal do fato.

⁴⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 82.

⁴⁸ ROXIN, Claus. Iniciación al derecho penal de hoy. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 83.

⁴⁹ Não se quer dizer com tal assertiva que o direito penal não se interesse pela atitude interna do agente. Esse interesse pode ser evidenciado no dolo, bem como em intenções, motivos e certos estados especiais de ânimo. Em qualquer hipótese, no entanto, a atitude interna deverá estar necessariamente associada à conduta externa. In: BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 92.

O princípio da lesividade proíbe a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico, podendo-se entender como conduta desviada a prática e hábitos de grupos minoritários, de condutas que, embora orientadas em direção fortemente desaprovadas pela coletividade, não podem ser criminalizadas.⁵⁰

Assim, o princípio da lesividade, só vai permitir a penalização do comportamento que lesione ou ponha em risco direitos de outrem. As condutas puramente internas, mesmo que incorretas, mas que não afetem nenhum bem jurídico tutelado pelo Estado, não possuem a lesividade necessária para legitimar a intervenção penal.

Nesse sentido:

Em caso de subtração de coisa insignificante, como de algumas melancias da lavoura, o dano é tão párvulo que o tipo não se integra, e a rejeição da denúncia impõe-se. Recurso improvido. (TARS, RSE 284023298, Rel. Celeste Vicente Rovani, 28.08.1984).

Se as coisas retiradas do estabelecimento industrial pelo apelado, embora do ângulo estritamente formal estejam subsumidas à figura delitiva que lhe foi debitada, não produziram, em virtude de sua escassa lesividade, qualquer repercussão representativa no patrimônio da indústria, é de se aplicar o princípio da insignificância. (TACrim-SP, AC, Rel. Mário Vitirito, JUTACRIM 75/229).

Dessa forma, o princípio da insignificância possui relação essencial com o princípio da lesividade, pois, através deste, o direito penal só pode ser utilizado se afetar bens jurídicos relevantes, ou seja, o fato deve causar uma lesividade tal que legitime a intervenção estatal.

1.2.6 Princípio da proporcionalidade da pena

Conforme ensina René Ariel Dotti, a proporcionalidade da pena é uma exigência de dupla face. De um lado deve traduzir o interesse da sociedade em impor uma medida penal “necessária e suficiente para reprovação e prevenção do

⁵⁰ Idem, op. cit., p. 92.

crime” (Código Penal, artigo 59); de outro deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito.⁵¹

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena).⁵²

Também chamado de princípio da proibição do excesso, determina que a pena não pode ser superior ao grau de gravidade do fato.

Nos casos em que a afetação do bem jurídico é mínima, o conteúdo de injusto é tão pequeno que não subsiste qualquer razão para a imposição da reprimenda, e ainda, a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.⁵³

Deste modo:

Avilta o princípio da proporcionalidade e necessidade da pena, reconhecida pelo art. 59 do Código Penal, se aplicada fosse a pena cominada ao furto privilegiado, ainda que diminuída por ter sido praticado na forma tentada no caso de ação delituosa dirigida para a subtração de 18 laranjas. (TACrim-SP, Apel, 1.009.109/9, Rel. Canellas de Godoy, 12.11.1996).

Carlos Vico Mañas lembra que um dos fundamentos do princípio da insignificância reside exatamente na idéia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime.⁵⁴ Pois onde não há afetação ao bem jurídico, ou esta afetação é mínima, não há como impor pena, pois esta seria desproporcional ao real significado do fato ocorrido.

Já ensinava Beccaria: “deve haver proporção entre os delitos e as penas”.⁵⁵

O desrespeito ao princípio da proporcionalidade implica no distanciamento de um direito penal compatível com as bases de sustentação de um Estado Social e Democrático de Direito. A pena por ventura aplicada não pode ser mais gravosa do que o dano provocado pelo ato delituoso.

⁵¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 64.

⁵² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais**. In: Revista dos Tribunais, v. 89, n° 779, set/2000, p. 431.

⁵³ SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 69.

⁵⁴ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.56.

⁵⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 47.

Como bem salienta Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, “o sistemático e racional combate à criminalidade passa, sem dúvida, pela seleção de comportamentos merecedores de rigor da legislação. Sem essa atividade de filtro, pode-se dizer, tudo é passível de cair na ‘vala-comum’, desmoralizando-se a eficácia da lei penal.”⁵⁶

1.2.7 Princípio da humanidade

O princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.

A Constituição estabelece como fundamento do Estado de Direito democrático a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF), dispondo ainda, expressamente: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (artigo 5º, XLI, CF); “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (art. 5º, XLVII, CF); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX, CF). Também a Lei de Execução Penal dispõe que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa e política”. (art. 3º e par. único).

Ensina Cezar Roberto Bitencourt que o princípio da humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. E que a proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a *dessocialização* dos condenados são corolários do princípio da humanidade.⁵⁷

Segundo Nilo Batista, o princípio da humanidade postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade anteriormente inexistente. Vincula-se ao mesmo processo histórico de que se originaram os princípios da legalidade, da

⁵⁶ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais**. In: Revista dos Tribunais, v. 89, nº 779, set/2000, p. 437.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral, v. 1, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15.

intervenção mínima e, sob o prisma da danosidade social, da lesividade. A pena não pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana, esse é o fundamento da humanidade.⁵⁸

O princípio da humanidade, afirma Bustos Ramirez – recomenda que seja reinterpretado o que se pretende com “reeducação e reinserção social”, posto que, se forem determinados coativamente implicarão em atentado contra a pessoa como ser social.⁵⁹

Contudo, não se pode olvidar que o Direito Penal não é necessariamente assistencial e visa primeiramente à Justiça distributiva, responsabilizando o delinqüente pela violação da ordem jurídica.⁶⁰

E assim, na lição de Jescheck:

não pode ser conseguido sem dano e sem dor, especialmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais e utilizar a prática delituosa como oportunidade para premiar, o que conduziria ao reino da utopia. Dentro dessa fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal, devem ser presididas pelo princípio da humanidade.⁶¹

Concluindo, nesse sentido, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social.

1.2.8 Princípio da culpabilidade

No Direito Penal primitivo a responsabilidade caracterizava-se como objetiva, pois o que interessava era a simples produção do resultado. Porém, hoje, vige o princípio *nullum crimen nulla poena sine culpa*.

A culpabilidade, como afirma Muñoz Conde, “é um fenômeno isolado, individual, afetando somente o autor do delito, mas um fenômeno social; não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser

⁵⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 99.

⁵⁹ RAMIREZ, Juan Bustos. **Manual de derecho penal**. 3ª ed., Barcelona, ed. Ariel, 1989, p. 386.

⁶⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais**. In: Revista dos Tribunais, v. 89, n° 779, set/2000, p. 449.

⁶¹ JESCHECK, H.H. **Tratado de derecho penal**. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, v. 1 e 2.

imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. Assim, em última instância, será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da não liberdade.”⁶²

Bitencourt atribui um triplo sentido ao conceito de culpabilidade ⁶³:

- a) a culpabilidade como fundamento da pena. Para isso é necessário que além da conduta ser típica e antijurídica, que o autor do fato tenha capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta;
- b) a culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena. Assim a culpabilidade funciona como limite da pena e não como fundamento desta;
- c) a culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Desse modo, ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo ou culpa.

Conclui o autor que, pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três conseqüências materiais:

- 1ª) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado;
- 2ª) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor;
- 3ª) a culpabilidade é a medida da pena.

⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre; Sergio Fabris Editor, 1988.

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral, v. 1, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13 e 14.

2 TÍPICIDADE E ANTIJURIDICIDADE

2.1 DEFINIÇÃO DE TIPO PENAL

Segundo Zaffaroni o tipo penal, é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas).⁶⁴

O tipo penal pertence à lei, pois é nela que o encontramos; na parte especial do Código Penal e nas leis especiais. Tipos são, portanto, por exemplo: “matar alguém” (art. 121 do CP), “contrair alguém, sendo casado, novo casamento” (art. 235 do CP), “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem” (art. 129 do CP).

Tipos são fórmulas legais que servem para individualizar as condutas que a lei penal proíbe.

Como bem salienta Zaffaroni, o tipo é logicamente necessário, porque sem o tipo nos poríamos a averiguar a antijuridicidade e a culpabilidade de uma conduta que, na maioria dos casos, resultaria sem relevância penal alguma.

Assim, utilizando-se do exemplo do mesmo autor, se tivéssemos que averiguar se é delito a falta de pagamento de uma parcela do preço de compra de uma máquina de lavar roupas, e não dispuséssemos do conceito do tipo penal, primeiro veríamos que se trata de uma *conduta*; depois comprovaríamos que a conduta é *antijurídica* – contrária ao direito; e em seguida, comprovaríamos que é culpável, porque o devedor podia pagar-lhe e lhe era exigível que o fizesse, e, por último, depois de todas essas etapas, resultaria que essa conduta antijurídica e culpável não é delito, porque não é sancionada com uma pena no Direito Penal. Nisto é que reside a afirmação de que o tipo é logicamente necessário para uma averiguação racional da delituosidade de uma conduta.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p. 444.

Além disso, os tipos são predominantemente descritivos, ou seja, os seus elementos descritivos são os mais importantes para individualizar uma conduta e dentre eles, o verbo tem especial significação, pois é ele que dá a conotação da ação. No entanto, os tipos não são absolutamente descritivos, pois ocasionalmente recorrem a conceitos que remetem ou são sustentados por um juízo valorativo jurídico ou ético, como no caso do art. 215 do CP quando se refere à “mulher honesta” – conceito que deve ser estabelecido de acordo com a ética social. Nesse caso, tais elementos são conceituados como *elementos normativos* dos tipos penais.

Enfim, a função dos tipos é a individualização das condutas humanas que são penalmente proibidas.

2.1.2 Tipo e Tipicidade

Tipo difere de tipicidade. Enquanto aquele pertence à lei, esta pertence à conduta. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. É um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido.⁶⁵

A tipicidade é uma característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal. Para Luiz Regis Prado é a adequação do fato ao modelo previsto no tipo legal.⁶⁶

Tipo é a fórmula legal - “matar alguém”, que está no CP, a tipicidade está na realidade, é a característica de adequação ao tipo que possui a conduta de um sujeito.

Assim, o juiz comprova a tipicidade comparando a conduta particular e concreta com a individualização típica, adequando-se ou não a ela. Este processo mental é o *juízo de tipicidade* que o juiz deve realizar.⁶⁷

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p. 444.

⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 3 ed. rev., atual. e ampl.- São PAULO: RT, 2002

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p. 445.

2.1.3 Fases da evolução da teoria do tipo

A expressão “tipo” surge da tradução da expressão *Tatbestand*, encontrada no § 59 do Código do Reich. Esse conceito nada mais é do que a tradução alemã da expressão latina *corpus delicti*.⁶⁸

Os doutrinadores alemães do século XIX confundiam o *Tatbestand* com o próprio delito, interpretando-o como a síntese dos elementos objetivos e subjetivos necessários para a caracterização do delito.

Em 1906, Ernst Beling, com sua obra *Die Lehre vom Verbrechen*, passa a conceber o *Tatbestand* como apenas um dos vários elementos do crime, tornando a tipicidade independente da antijuridicidade e da culpabilidade. Esta concepção estava fundada no modelo *causal* da filosofia naturalista do século XIX, pois é o tipo *objetivo e livre de valor*; - objetivo, porque todos os elementos subjetivos integram a culpabilidade; - livre de valor, porque a tipicidade é neutra, e toda valoração legal pertence à antijuridicidade.⁶⁹

Assim, o conceito de tipo penal nasce, em 1906, concebido de forma objetiva, abrangendo somente a exterioridade da conduta e prescindindo de todo o interno, não se incluindo nele qualquer objeto de natureza valorativa ou subjetiva.

De qualquer forma, o tipo deixa de ser confundido com o próprio fato em que materializa o delito, passando a ser visto como mera descrição dos dados materiais que caracterizam objetivamente o crime. Não é a realidade do delito, mas o modelo a que se ajusta. Nas palavras do mestre alemão, “o tipo não é valorativo, mas descritivo, pertence à lei, e não à vida real”.⁷⁰

Segundo Beling, a função do tipo é definir delitos. Constatada a adequação do fato à norma penal incriminadora, passa-se a um segundo momento para a *análise valorativa* da característica da antijuridicidade. Posteriormente, se analisa a *reprovabilidade* da conduta, que constitui a culpabilidade.⁷¹

⁶⁸ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42.

⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 34.

⁷⁰ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.43.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**, v. 1, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p.190.

Destarte, o tipo penal teria uma função meramente descritiva, competindo à *norma* a valoração da conduta. Por isso, uma ação pode ser típica e não ser ilícita (contrária à norma), ante a existência de uma causa de justificação.

Como bem pondera Zaffaroni, esta concepção do tipo, que se traduz na proibição da causação de um resultado, tem o sério inconveniente de não encontrar uma maneira de limitar a causalidade de forma convincente. Além do mais, tem que suportar todo o peso de uma pretensa concepção “naturalista” da conduta, entendida também como um processo causal cego, posto em movimento pela vontade de mover um músculo.⁷²

Diversos doutrinadores opuseram-se à concepção de tipo elaborada por Beling. Boa parte das críticas dirigia-se à afirmação de Beling de que não haveria no tipo elementos subjetivos e axiológicos. Um dos críticos dessa doutrina foi Max Ernest Mayer, que recompôs e reelaborou o conceito de tipo legal, procurando relacioná-lo, sobretudo, com a antijuridicidade.

Partindo do conceito de Beling, admitiu a inclusão de elementos não apenas descritivos e objetivos, concluindo que o tipo possuía a função indiciadora da ilicitude, admitindo também elementos subjetivos do tipo (estados e processos anímicos do agente) e normativos (conceitos jurídicos teleológicos). Mayer entendia o tipo não apenas de forma descritiva, mas também indicativa da existência de uma relação de contrariedade entre a conduta e a norma, configurando um indício da antijuridicidade. Seria a teoria da *ratio cognoscendi*, segundo a qual a tipicidade se comporta a respeito da antijuridicidade como a fumaça em relação ao fogo.⁷³

O tipo passa a ser portador de um sentido de ilicitude, dotado de conteúdo material. Embute-se no tipo uma idéia provisória de que fato típico é também ilícito. Mas, se atuarem no caso as causas de exclusão de ilicitude, afasta-se a idéia inicial de ilicitude, e o fato não é considerado criminoso.⁷⁴

Edmund Mezger, em 1931, pretendendo tornar mais forte a conexão entre tipo e a ilicitude e visando combater a “neutralidade valorativa”, entendeu que a

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p. 451.

⁷³ Idem, op. cit., p. 454.

⁷⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 138.

tipicidade não é apenas indício ou *ratio cognoscendi* da ilicitude, e sim, o seu fundamento real ou *ratio essendi*.⁷⁵

Definiu o delito como “ação tipicamente antijurídica e culpável”, demonstrando, assim, que a seu ver, não há independência da tipicidade em relação à antijuridicidade.⁷⁶ Inclui, portanto, a tipicidade na antijuridicidade.

Assim, tipicidade e antijuridicidade unem-se de tal forma que a primeira é a razão de ser da segunda. Na verdade, Mezger destaca que “a antijuridicidade da ação é uma característica do delito, mas não uma característica do tipo, pois podem existir ações que não são antijurídicas. Mas, em contrapartida, é essencial à antijuridicidade a tipificação”.⁷⁷

O juízo de ilicitude, portanto, está inserido no tipo penal. Diante disso, insustentável o seu pretense caráter de neutralidade.

O tipo torna-se um juízo de desvalor presumido e provisório, pois, excepcionalmente pode ser afastado por uma causa excludente.

Posteriormente, em face das críticas à sua teoria, Beling a reformulou. A descoberta dos elementos subjetivos e normativos do tipo levou Beling a rever sua teoria inicial, passando a diferenciar o *Tatbestand* ou *Leitbild* do *Deliktstypus*.

O primeiro é concebido como mera imagem conceitual do delito, sem correspondência direta na lei. O segundo equivale exatamente ao crime legalmente tipificado (homicídio, furto, roubo, etc.) com seus elementos objetivos e subjetivos.⁷⁸

O *Tatbestand* ou *Leitbild* representa o que Beling chamou de “tipo retor”. Sustenta que todas as características externas e internas da figura do delito orientam-se até uma imagem unitária, na qual se relacionam umas com as outras para que se dê o *Deliktstypus* correspondente. Tal imagem unitária é justamente o tipo retor.

Distinguiu o delito-tipo (figura retora) do tipo de delito (ou figura delitiva). O primeiro é um conceito puramente funcional, que serve de orientação para uma

⁷⁵ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v. 2 1 ed. Campinas: Bookseller, 1997, p. 97.

⁷⁶ Misabel de Abreu Machado Derzi. In: VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.45.

⁷⁷ MEZGER, In: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**, v. 1, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p.192.

⁷⁸ BELING, Ernst Von. Esquema de derecho penal. IN: VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.47.

figura delitiva.⁷⁹ Em face disto, o delito-tipo seria puro conceito e não fato. O delito-tipo é puramente descritivo, vazio de conteúdo.⁸⁰

É de Mayer a concepção que melhor se adapta às aplicações práticas do direito penal.⁸¹ A tipicidade não é *ratio essendi* da ilicitude, mas seu indício, é a *ratio cognoscendi*. Praticado um fato típico, presume-se também ilícito, até prova em contrário. Assim, o tipo legal indica a ilicitude. Quando o legislador tipifica condutas, não as supõem neutras em face do injusto, mas acredita que sejam ilícitas.

Novo impulso na concepção do tipo penal viu-se com a teoria finalista da ação de Hans Welzel. A teoria finalista de Welzel, elaborada no início dos anos trinta, surgiu para superar a teoria causal da ação, dominante na ciência alemã do direito penal desde o princípio do século XX.⁸² O finalismo demonstrou que o legislador, ao tipificar as ações humanas, tem em conta um processo causal regido de vontade direcionada a uma certa finalidade, e não mero processo causal de caráter estritamente mecânico.⁸³

O tipo penal, como imperativo lógico das premissas de Welzel, configura a descrição da realidade ordenada e valorada da ação humana, que é regida e formada pela vontade finalista, ou seja, pelo conteúdo do querer do agente. O tipo, por consistir na conceituação de conduta, inclui o conteúdo de vontade. O fim pretendido pelo agente passa a integrar a estrutura do tipo penal, o dolo e a culpa constituem dados fundamentais no contexto do tipo penal. Esse conteúdo de tipo penal está distante do tipo meramente objetivo e não valorativo de Belling, apresentando, ao contrário, nuances objetivas e subjetivas.⁸⁴

Welzel observou que, embora a partir de Mayer, elementos normativos e subjetivos tenham vindo se acostar ao *Tatbestand*, estes continuam essencialmente

⁷⁹ Por exemplo: matar alguém seria o delito-tipo, regendo o homicídio e o infanticídio, que, por sua vez, seriam tipos de delito que, decompostos em seus elementos, mostrariam o delito-tipo. A característica do conceito de homicídio não seria a morte de um homem, mas a conduta que realiza e produz a morte. A característica preliminar do delito-tipo é a adequação do comportamento ao tipo a não o *Tatbestand* legal. O dolo, no entanto, não seria a morte do homem, mas momentos psíquicos dirigidos a essa finalidade. In: JESUS, Damásio E. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 266.

⁸⁰ JESUS, Damásio E. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 267.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p. 454.

⁸² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 111.

⁸³ Idem, op. cit., p. 111.

⁸⁴ LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1987, p. 41/42.

externos e objetivos, sem real impregnação do aspecto subjetivo. Welzel concebeu o *Tatbestand* constituído de elementos anímicos subjetivos. O injusto subjetivo, o dolo, passou a participar necessariamente do *Tatbestand* como elemento decisivo na constituição do tipo.⁸⁵

2.2 INTERESSE, BEM E NORMA

O legislador quando se encontra diante de um ente e tem interesse em tutelá-lo, é porque o valora. Esta valoração do ente traduz-se em uma *norma*, que o eleva à categoria de *bem jurídico*. Quando quer dar uma tutela penal a esse bem jurídico, com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser *penalmente tutelado*.⁸⁶

Destarte, quando o legislador encontra-se diante do ente “vida humana” e tem interesse em tutelá-la, porque a valora, este interesse jurídico em tutelar o ente “vida humana” deve ser traduzido em uma norma – “proibindo matar”. Esta é a norma proibitiva “não matarás”. Quando essa norma é expressa em leis, a vida humana se revelará como um bem jurídico.

No entanto se o objetivo vai além, e quer-se uma tutela *penal* de tal bem jurídico, ao menos para certas formas de lesão a esse bem, o legislador elabora o tipo penal, e assim o bem jurídico *vida humana* passa a ser penalmente tutelado (art. 121 CP).

Desta forma, como ensina Zaffaroni, o legislador vai do ente (vida) à norma (não matarás) e desta, ao tipo (matar alguém). Mas ao interpretar a lei penal a fim de determinar o seu alcance, deve-se seguir o caminho inverso: da lei, à norma e através da norma conhecermos o ente que afinal será bem jurídico.⁸⁷

O tipo pertence à lei, mas nem a norma e nem o bem jurídico pertencem à lei, mas são conhecidos através do tipo penal e limitam o seu alcance.

⁸⁵ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.52.

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p.455.

⁸⁷ Idem, op. cit., p. 455.

2.3 A ANTINORMATIVIDADE

Novamente, utilizando-se dos ensinamentos do Professor Zaffaroni, “o tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo penal que a ela agrega a tutela penal.”⁸⁸

Assim, a conduta que se amolda a um tipo penal será, necessariamente, contrária à norma que está anteposta ao tipo legal, e afetará o bem jurídico tutelado. A conduta adequada ao tipo do art. 155 será contrária à norma “não furtarás”, e afetará o bem jurídico patrimônio.

A conduta, pelo fato de ser *penalmente* típica, necessariamente deve ser também antinormativa.⁸⁹

Não obstante, quando uma conduta se adequa *formalmente* a uma descrição típica, só por esta circunstância não será necessariamente penalmente típica. Que a conduta seja típica não significa necessariamente que é antinormativa, isto é, que esteja proibida pela norma. Desta feita, o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas ao bem jurídico tutelado.

Como ensina Zaffaroni,

a antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico.⁹⁰

Sendo a conduta típica legalmente (tipicidade formal), ver-se-á se a mesma é antinormativa e se afeta o bem jurídico, se comprovados tais requisitos conclui-se pela tipicidade penal (tipicidade material) da conduta.

⁸⁸ Idem, op. cit., p. 456.

⁸⁹ Idem, op. cit., p. 456.

⁹⁰ Idem, op. cit., p. 456.

Esclarecendo melhor as referidas nomenclaturas:

-Tipicidade legal (tipicidade formal) seria, portanto, a mera adequação à formulação legal do tipo. É a individualização que a lei faz da conduta, mediante o conjunto dos elementos descritivos e valorativos (normativos) de que se vale o tipo legal.

É, a tipicidade como mera subsunção do fato a norma como Beling preconizou em 1906.

Tem a finalidade apenas de definir os crimes, analisando somente a conduta do agente e se esta se enquadra na norma incriminadora.

Representa uma significação apenas formal, não possibilitando a formulação de um juízo de valor sobre o comportamento analisado.

O tipo formal deve ser claro, certo, objetivamente descrito, de forma a ser ileso a valorações judiciais.⁹¹ Do ponto de vista formal, a tipicidade se define como a adequação à conduta ilícita, à conduta tipificada na lei penal, ou seja, é a mera correspondência entre uma conduta da vida real e o tipo legal do crime, que consta no ordenamento punitivo. Um fato será, portanto, típico na medida em que apresentar características essenciais coincidentes com as de algum tipo legal de crime.⁹²

-Tipicidade Conglobante (tipicidade material): é a comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma (antinormatividade), o que se obtém desentranhando o alcance da norma proibitiva conglobada com as restantes normas da ordem normativa.⁹³

Ocorre que não obstante a incontestável evolução teórica do conceito de tipo penal, desde a visão neutra de Beling até a descoberta dos elementos anímicos e subjetivos pelo finalismo, verifica-se que a tipicidade continua a ser, acima de tudo, um juízo formal de subsunção, ou seja, de adequação de um fato à descrição que dele se faz na lei penal.

⁹¹ MACHADO, Luiz Alberto. **Uma visão material do tipo**, Curitiba: Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Paraná, 1975, p. 55.

⁹² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 125.

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p.459.

Como registra Vico Mañas com precisão, a postura de um juízo de tipicidade formal não satisfaz a moderna tendência de reduzir ao máximo a área de influência do Direito Penal de seu reconhecido caráter subsidiário, já que manifesta a sua ineficiência como único meio de controle social.⁹⁴

Segundo Luiz Alberto Machado, o tipo quando encarado de forma material, sua construção confunde-se quase que com o próprio conceito de crime, ou seja, o tipo é, materialmente considerado, o desvalor jurídico da conduta e do resultado, quando existente. A conduta no direito penal é sancionada quando juridicamente desvalorada pelo Direito.⁹⁵

A tipicidade, então, não se esgota no juízo lógico-formal de subsunção do fato ao tipo legal de crime. A ação tipicamente deve revelar-se, ainda, ofensiva ou perigosa para os bens jurídicos protegidos pela lei penal, os quais foram considerados pelo legislador ao conceituar um crime.⁹⁶

Segundo Zaffaroni, não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete a um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica destes bens. Embora seja certo que o delito é algo mais, ou muito mais, que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade. Por essa razão que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando um verdadeiro sentido teleológico à lei penal.⁹⁷

O princípio da insignificância está estritamente ligado ao conceito material de tipo. É imperioso se reconhecer a insuficiência da conceituação do tipo ligada, exclusivamente, ao seu aspecto formal.

De fato, como os tipos penais são conceitos abstratos, é impossível evitar que sua previsão legal tenha alcance maior do que o desejado. Por esse motivo, são limitados pelos tipos permissivos (causas de justificação).⁹⁸

Como bem salienta Ribeiro Lopes, a imperfeição legislativa não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em realidade, deveriam permanecer fora do âmbito da proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo pretende, por

⁹⁴ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.52.

⁹⁵ MACHADO, Luiz Alberto. **Uma visão material do tipo**, 1975, p. 51.

⁹⁶ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.52.

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p.464.

⁹⁸ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.53.

certo, somente incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, porém, não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves. Para corrigir essa discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, parece importante utilizar-se o princípio da insignificância. Tal solução através do recurso à atipicidade quando a lesão ao bem jurídico tenha sido irrelevante é a predominante na Alemanha.⁹⁹

O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao direito penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal de cunho eminentemente diretivo.

Nesse sentido:

O princípio da insignificância pertine aos delitos de bagatela, permitindo sua consideração pela jurisdição penal como fatos atípicos, posto que destituídos de qualquer valoração a merecer tutela e, portanto, irrelevantes. São os que pertinem a ações aparentemente típicas, mas de tal modo inexpressivas e insignificantes que não merecem a reprovabilidade penal. (TACrim, RES, 485.451-2, Rel. Walter Swensson, 23.03.1988).

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

Para Vico Mañas a concepção material do tipo é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não mais são objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens protegidos pelo direito penal.¹⁰⁰

Francisco de Assis Toledo afirma que o comportamento humano, para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos, ou ética ou socialmente reprováveis.¹⁰¹

⁹⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 117.

¹⁰⁰ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994, p.53 e 54.

¹⁰¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2001, p.119.

-Tipicidade Penal: é a tipicidade legal (adequação penal) mais a tipicidade conglobante (antinormatividade e afetação do bem jurídico).¹⁰²

De acordo com os ensinamentos de Zaffaroni, para que se considere uma conduta como típica, o juízo de tipicidade não deve se ater a mera existência da tipicidade legal, mas exige outro passo, qual seja, a comprovação da tipicidade conglobante; consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, mas que não é alcançada pela norma ou que não afete o bem jurídico.¹⁰³

Esclarece o autor tal posicionamento com o exemplo de um oficial de justiça que, recebendo uma ordem emanada por juiz competente de penhora e seqüestro de um quadro de propriedade de um devedor a quem se executa em processo regular, por seu legítimo credor, para a cobrança de um crédito vencido, e que, em cumprimento desta ordem judicial e das funções que a lei lhe competem, solicita o auxílio de força pública, e com todas as formalidades requeridas efetua o seqüestro da obra colocando-a à disposição do juízo.

Esta conduta revela-se irrelevante para o direito penal, de modo que não possa ser considerada como um delito.

Salienta que, para boa parte da doutrina o oficial teria atuado ao amparo de uma causa de justificação, isto é, que faltaria a antijuridicidade da conduta (art. 23, III, CP), mas que ela seria típica.

No entanto, verifica-se que, ao considerar conduta típica aquela que não só se amolda ao tipo legal, mas que também afeta um bem jurídico e é antinormativa, (tipicidade conglobante) inadmissível considerar a conduta do oficial de justiça como antijurídica. Posto que a tipicidade implica antinormatividade, não podendo se admitir que na ordem normativa uma ordem ordene o que a outra proíbe.

A lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta.¹⁰⁴

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p.459.

¹⁰³ Idem, op. cit., p. 459.

¹⁰⁴ Idem, op. cit., p. 457.

Destarte, a conduta do oficial de justiça não é crime não porque antijurídica, mas porque já no juízo de tipicidade verifica-se que, apesar de legalmente enquadrar-se no tipo legal (art. 155 CP), não é alcançada pela norma “não furtarás”.

Assim, a função desse juízo de tipicidade “completo”, é a de reduzir à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando de fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta.

2.4 ANTINORMATIVIDADE E ANTIJURIDICIDADE

Zaffaroni leciona que a ordem jurídica não é composta apenas por um conjunto de normas proibitivas, mas também é integrada de preceitos permissivos. Tais preceitos, não implicam uma contradição com as normas; ao contrário, as pressupõe, em um conjunto harmônico de normas proibitivas e preceitos permissivos.¹⁰⁵

O preceito permissivo dá lugar a uma causa de justificação, isto é, a um tipo permissivo.

A antijuridicidade surge da antinormatividade e da falta de adequação a um tipo permissivo, ou seja, da circunstância de que a conduta não esteja amparada por uma causa de justificação.

A tipicidade penal implica a contrariedade com a ordem normativa, mas não implica a antijuridicidade, porque pode haver uma causa de justificação que ampare a conduta.

Neste sentido, a tipicidade atua como um *indício* da antijuridicidade, como um desvalor provisório, que deve ser configurado ou desvirtuado mediante a comprovação das causas de justificação. (teoria de Max Ernst Mayer).¹⁰⁶

¹⁰⁵ Idem, op. cit., p. 459.

¹⁰⁶ Idem, op. cit., p. 460.

2.5 ATIPICIDADE CONGLOBANTE E JUSTIFICAÇÃO

Precisamente, Zaffaroni assim expõe:

A atipicidade conglobante não surge em funções de *permissões* que a ordem jurídica resignadamente concede, e sim em razão de *mandatos ou fomentos* normativos ou de *indiferença* (por insignificância) da lei penal.¹⁰⁷

A legítima defesa é uma causa de justificação, permissão outorgada pela ordem jurídica para a realização de uma conduta antinormativa (art. 23, II, CP). Não se trata de uma ordem ou um fomento para matar quem nos agride, apenas uma permissão para repelir o injusto contra nós praticado. No caso do oficial de justiça já anteriormente mencionado (item 2.5), a ordem jurídica não lhe dá uma permissão, mas sim uma ordem e lhe impõe uma pena se não o faz.

2.6 NOÇÃO DE BEM JURÍDICO

Conforme já mencionado, há certos entes pelos quais o legislador se interessa, expressando esse interesse em uma norma jurídica, o que faz com que sejam juridicamente considerados como bens (bens jurídicos), mas quando o legislador penal quer tutelar esta norma, punindo a violação desta com uma pena, o bem jurídico passa a ser penalmente tutelado.

Para que se conceba a idéia de que houve a existência de uma conduta típica, mister se considere que esta conduta tenha afetado um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens.¹⁰⁸

Apesar do Direito ser muito mais que uma lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p. 461.

¹⁰⁸ Idem, op. cit., p. 462.

Segundo Ribeiro Lopes, “o bem jurídico é o instrumento limitador da intervenção estatal.”¹⁰⁹

Assim, o bem jurídico exerceria uma função de garantia que permite sancionar unicamente as condutas que lesionem ou ponham em perigo bens jurídicos.

Bem, em um sentido amplo, significa algo que seja útil, necessário, valioso. São coisas reais dotadas de “valor”. Por esse motivo, são procurados, requisitados e defendidos, provocando o interesse de outras pessoas, além de seu titular. Desta forma, ficam sujeitos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões. Caso não exista um conjunto de medidas aptas a proteger determinados bens, torna-se inviável a paz social.

Dentre os diversos bens existentes, são selecionados pelo Direito aqueles considerados de maior relevância para a sociedade e então são erigidos à categoria de bens jurídicos.

A primeira concepção de bem jurídico, no campo do direito penal, foi enunciada por Birnbaum, em 1834. Birnbaum fazia a distinção entre lesão de direito e lesão de bem, concebendo este de uma perspectiva jusnaturalista moderada. A doutrina aponta como defeito dessa teoria a ausência de busca de um conceito que servisse de limite à função punitiva do Estado, mas apenas um conceito de ordenação e interpretação de diversos tipos penais.¹¹⁰

Segundo Assis Toledo, bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.¹¹¹

Entende Roxin que, bens jurídicos são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam em uma série de situações valiosas, como por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e que o Estado Social deve proteger também penalmente.¹¹²

¹⁰⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 129.

¹¹⁰ Idem, p. 130.

¹¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16.

¹¹² ROXIN, Claus. **Problemas basicos del derecho penal**. Madrid: editorial Reus, 1976, p. 27-28.

Eugenio Raul Zaffaroni define bem jurídico penalmente tutelado como a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetem.

Assim, o autor entende que, muito embora os doutrinadores digam que bens jurídicos são a vida, a propriedade, etc., na verdade estas seriam apenas abreviações, porque o bem jurídico não é a propriedade e sim o direito de dispor dos próprios direitos patrimoniais.¹¹³

Muñoz Conde giza que a norma penal tem uma função protetora de bens jurídicos. Para cumprir esta função, eleva à categoria de delitos, por meio de sua tipificação legal, aqueles comportamentos que mais gravemente lesionam ou põem em perigo os bens jurídicos protegidos. O bem jurídico é, portanto, a chave que dá sentido e fundamento à norma penal.¹¹⁴

Para Nilo Batista, o bem jurídico põe-se como sinal da lesividade do crime que o nega, desta forma revelando e demarcando a ofensa. E exatamente essa materialização vai limitar e legitimar a intervenção penal. Por essa razão, o bem jurídico se situa na fronteira entre a política criminal e o direito penal. Esclarece Batista: “Não há um catálogo de bens jurídicos imutáveis à espera do legislador, mas há relações sociais complexas que o legislador se interessa em preservar e reproduzir”.¹¹⁵

Regis Prado enumera as mais relevantes funções que o bem jurídico cumpre no direito penal: a de garantir ou limitar o direito de punir do Estado, função de caráter político-criminal na qual o legislador não deve deixar de tipificar aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos; função teleológica ou interpretativa: como um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção de certo bem jurídico; função individualizadora: como critério de medição da pena, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico; e a função sistemática: como elemento classificatório dos tipos penais.¹¹⁶

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p.462.

¹¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 50.

¹¹⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 94 e s.

¹¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 41.

Concluindo, nem todo bem é um bem jurídico e nem todo bem jurídico recebe a tutela especial do direito penal. Somente recebe a tutela penal aquele bem jurídico que necessite de uma proteção especial, no campo das normas de direito penal, por serem esses bens de grande relevância social e por se revelarem insuficientes nessa proteção as demais garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico em outras áreas extrapenais. Além disso, mesmo em relação aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal, não há uma proteção contra todo e qualquer tipo de lesão, mas apenas contra determinadas espécies de lesão, real ou potencial. Para que a conduta seja considerada típica deve esta ter ofendido um bem jurídico, visto que estes se encontram na base de criação dos tipos penais.

3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3.1 A INSIGNIFICÂNCIA COMO PRINCÍPIO NO DIREITO PENAL

De acordo com Ribeiro Lopes, a partir do momento em que a doutrina evoluiu de um conceito formal a outro material de crime, adjetivando de significado lesivo a conduta humana necessária a fazer incidir a pena criminal pela ofensa concreta a um determinado bem jurídico, fez nascer a idéia da indispensabilidade da gravidade do resultado concretamente obtido ou que se pretendia alcançar.¹¹⁷

Desta forma, o princípio da insignificância vem em decorrência da exigência de se observar o tipo penal, não apenas por aspectos formais, mas essencialmente por aspectos de ordem material que levem a percepção da *utilidade* e da *justiça* de se incriminar um agente com a pena criminal.

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite desconsiderar-se a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, afastadas do campo de reprovabilidade, a ponto de não merecem maior significado aos termos da norma penal, emergindo, pois, a completa falta de juízo de reprovação penal. (TACrim-SP, Apel. 1.044.889/5, Rel Breno Guimarães, 24.09.1997).

Sendo assim, o princípio da insignificância é um meio qualificador dos valores da estrutura típica do Direito Penal, posto que face à sua adoção não mais é aceita a concepção meramente formal do tipo.

Como salienta o professor, há ainda doutrinadores que não categorizam a insignificância como princípio¹¹⁸. Essa não classificação como verdadeiro princípio, ocorre no pensamento daqueles que preferem a referência à chamada criminalidade de bagatela.

No entanto, assevera que o princípio da insignificância decorre da concepção utilitarista que se vislumbra modernamente nas estruturas típicas do Direito Penal, como já exposto anteriormente.

¹¹⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 38.

¹¹⁸ A não classificação direta como princípio, ocorre no pensamento daqueles que preferem a referência à chamada criminalidade de bagatela. Na Espanha representa a idéia de Teresa Armenta Deu; na Alemanha, dentre outros, Baumann, Dreher, Kaiser, Krupelman, no Brasil Luiz Flávio Gomes. In: Idem, op. cit., p. 37.

Para Maurício Antonio Ribeiro Lopes, o princípio da insignificância é princípio porque determina a validade da lei penal diante de seus métodos de aplicação ordinários, como que exigindo uma extraordinariedade fática para a incidência da lei penal em sentido concreto, qual seja, um significado juridicamente relevante para legitimá-la.¹¹⁹

O autor também menciona o seu caráter vinculante para a garantia de outros princípios e normas de direito penal. Assim, só haverá de se falar em preservação do princípio da proporcionalidade da pena, correspondendo à gravidade da sanção à gravidade do delito, se, para as infrações desprovidas de conteúdo lesivo, houver a possibilidade de se afastar a incidência da pena. Como também, os princípios da humanidade e da dignidade da pessoa humana estão a exigir que as limitações impostas aos direitos individuais pela sanção penal, sempre as mais graves que gravitam em torno do sistema, estejam em conformidade com as regras relativas ao perfil ético-autorizador da sanção na função material de sua utilidade e justiça.¹²⁰

Nessa ótica, são improcedentes os argumentos de que o princípio da insignificância não se constitui um verdadeiro princípio, visto que se caracteriza como um princípio implícito, por estar integrado aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, já que tenta resguardar a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade da aplicação da pena aos casos de mínima relevância.

Segundo Diomar Ackel Filho, o princípio se ajusta à equidade e à correta interpretação do direito. Por meio da equidade acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em sociedade, liberando-se o agente cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo direito penal. Com relação à correta interpretação do direito, exige-se uma hermenêutica mais condizente deste, que não pode ater-se a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de desvirtuar o sentido da própria norma e conduzir a graves injustiças.¹²¹

Desta forma, conquanto alguns se oponham ao reconhecimento da insignificância como princípio, a necessidade da construção de um sistema penal fundado nas concepções de um Estado Democrático de Direito e nas condições de sua validade, impõe considerá-la como verdadeiro princípio.

¹¹⁹ Idem, op. cit., p. 37.

¹²⁰ Idem, op. cit., p. 38.

¹²¹ ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. v. 94, p. 72, abr-jun/1988.

3.1.2 Breve relato histórico

A origem histórica do princípio da insignificância é controvertida. Entretanto, a idéia da desconsideração penal do crime insignificante não é recente.

Registra-se, no inciso XI da Lei das Doze Tábuas, editada em 450 a.C., que o corte de árvores era compensado pelo pagamento de uma indenização e não pela imposição de uma pena privativa de liberdade: “contra aquele que cortar injustamente as árvores de outrem, aplique-se a pena de 25 as sobre cada árvore cortada”.¹²²

A Lei das Doze Tábuas ainda estabelecia em seu artigo 10: “Se alguém se conformar (ou acomodar, transigir), com um furto, que a ação seja considerada extinta”.¹²³

Desta forma, a transação do agente passivo com o furto extinguiu a ação e a própria punibilidade do sujeito ativo.

Grande parte da doutrina afirma que o princípio já vigorava no direito romano, seguindo a máxima contida no brocardo *minima non curat praetor*, pois os pretores possuíam discricionariedade para deixar de aplicar a sanção quando se tratava de causas ou delitos insignificantes.¹²⁴

Em 1764, Cesare Beccaria afirmava que a exata medida dos crimes deveria ser auferida em razão do prejuízo causado à sociedade, não pela intenção do agente. Resgata-se um trecho do discurso de Beccaria que se encaixa no contexto deste trabalho:

Se for estabelecido um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para aquele que mata um faisão e para o homicida, ou aquele que falsifica um documento importante, logo não se procederá a mais nenhuma diferença entre esses crimes: serão destruídos no coração do homem os sentimentos de moral, obra de muitos séculos, edifício que apenas se pode erguer com o auxílio das mais excelsas razões e o aparato das mais solenes formalidades.¹²⁵

¹²² ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 7 ed. São Paulo: Ícone editora, 1997, p. 105.

¹²³ Idem, op. cit., p. 101.

¹²⁴ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 56.

¹²⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. de: Torrieri Guimarães. São Paulo: Helmus, 1983, p. 62.

Em 1789, Jeremy Bentham escrevia que a finalidade das leis é aumentar a felicidade geral da coletividade. A regra de se buscar o máximo de felicidade para o maior número de pessoas deve conduzir a arte de legislar. Para evitar o prejuízo, que afetaria a felicidade, as penas só devem ser aplicadas se realmente fossem úteis; a prática de um crime já acarreta prejuízo, que poderá se agravar com a cominação de pena superior à gravidade da ação.¹²⁶

Pode-se dizer que com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada definitivamente em 02 de outubro de 1789, o princípio da insignificância foi implicitamente mencionado em seu artigo 5º: “A lei só tem direito de *proibir as ações prejudiciais à sociedade*. Tudo quanto não é proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena”. E o artigo 8º é expresso: “A lei não deve estabelecer senão *penas estritamente e evidentemente necessárias* e ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.”¹²⁷

Pode-se também estabelecer o surgimento do princípio da insignificância na Europa deste século, devido, principalmente, às crises sociais decorrentes das duas grandes guerras mundiais. O excessivo desemprego e a falta de alimentos, dentre outros fatores, provocaram um surto de pequenos furtos, subtrações de mínima relevância, que receberam a denominação de criminalidade de bagatela.¹²⁸

Salienta Maurício Antonio Ribeiro Lopes que o princípio da insignificância não é mero apêndice das normas de cunho patrimonial - como parece que foi sua origem na Alemanha – mas, um princípio de direito penal e como tal capaz de influir e direcionar o conteúdo de todas as normas penais.

Complementa o autor:

É um juízo de valor social que deve ser projetado sobre todas as condutas definidas como crime, informando o tipo penal com um conteúdo substantivo e apenas autorizando sua incidência diante de uma avaliação positiva do

¹²⁶ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 3 ed. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1984, p. 59.

¹²⁷ **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>. Acesso em 06 de outubro de 2007.

¹²⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 39.

grau de repercussão jurídico-social que deve se revestir um fato para ingressar no terreno da incidência das normas penais.¹²⁹

Modernamente, atribui-se a Claus Roxin a primeira menção ao princípio da insignificância (*Geringfügigkeitsprinzip*), em 1964, na Alemanha.

Ao discorrer sobre a pena e os delitos insignificantes, Roxin afirma que a imposição de uma pena só se encontra justificada "... cuando sea materialmente imposible suprimir una determinada perturbacion social mediante medidas menos duras de política social".¹³⁰

Se antes o recurso ao direito penal era essencial à proteção dos bens jurídicos, agora se impõe como solução a sua mínima utilização: "... el eslogan del Derecho Penal como la 'ultima ratio' de la política social se há convertido en nuevo lema".¹³¹

A partir deste lema, muitos dos delitos de bagatela na Alemanha se transformaram em contravenções sancionadas com multas de natureza administrativa, que perderam a característica criminal.

Assim, o doutrinador alemão formulou a insignificância como princípio de validade geral para a determinação do injusto. Enfatizou a necessidade de uma interpretação restritiva do direito penal que reafirme a sua natureza fragmentária e que apanhe conceitualmente o âmbito da punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico. Segundo Roxin, o princípio permite na maioria dos tipos penais fazer-se a exclusão, desde o início, dos danos de pouca importância.¹³²

No Brasil, o Código Penal Militar (Decreto-Lei nº. 1001 de 21/10/1969) já previa expressamente o princípio da insignificância em seu artigo 209, § 6º, ao determinar que a lesão de natureza levíssima poderia ser desconsiderada como crime e enquadrada como mera infração disciplinar. Da mesma forma, o artigo 240, § 1º, deste mesmo diploma, estabelecia que o crime de furto poderia ser convertido em infração disciplinar, depois de analisados o pequeno valor e a primariedade do agente.

¹²⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 44.

¹³⁰ ROXIN, Claus. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Trad. De: Francisco Muñoz Conde y Diego M. Luzón Peña. Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 1980, p. 134.

¹³¹ Idem, op. cit., p. 134.

¹³² ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47.

Na jurisprudência brasileira, já houve diversos pronunciamentos acerca da aplicação do princípio da insignificância, como por exemplo, nos crimes relacionados a entorpecentes, às ínfimas lesões corporais, como também em relação aos crimes de descaminho e contra o patrimônio.

Não se pode falar em marcos temporais precisos capazes de identificar a *primeira* forma de referência ao princípio da insignificância, o que há são várias posturas judiciais que buscam a sua aplicação. Isto porque, o princípio da insignificância não deriva apenas da interpretação da lei, mas da interpretação ética da realidade concreta.

Assim, observa-se que a idéia da insignificância esteve sempre presente na aplicação do direito e se revela a partir do exercício do senso de justiça e de ética pelo aplicador da lei, seja aquele da época Romana, seja o operador jurídico inserido no contexto da Pós-Modernidade.

3.1.3 Conceito

O crime, considerado como fato socialmente relevante, ou seja, à luz dos modernos movimentos de política criminal, evidencia o princípio da insignificância.

No direito penal somente as condutas relevantes, sob o prisma de sua estrutura e princípios informadores, devem sofrer a intervenção penal. O direito repressivo não deve intervir, quando a lesão jurídica seja ínfima. A lei penal não pode ser invocada para atuar em casos menores, de pouca ou escassa gravidade. O direito penal por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas. Assim, o direito penal é o remédio sancionador extremo, que deve ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente.

Para Zaffaroni, o fundamento do princípio da insignificância está na idéia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Assim, nos casos de mínima afetação ao bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão

pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *phatos* ético da pena.¹³³ Pois, ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.

Destarte, como leciona Assis Toledo, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do artigo 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do artigo 334, § 1º, *d*, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão para o Fisco; a injúria, a difamação a calúnia dos artigos 140, 139 e 138 devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem conseqüências palpáveis e assim por diante em outros tipos penais.¹³⁴

De acordo com José Henrique Guaracy Rebêlo o princípio da insignificância permite que determinados delitos sejam considerados pela jurisdição penal como atípicos, posto que destituídos de qualquer valoração a merecer tutela, portanto irrelevantes. Pertinam ações aparentemente típicas, mas de tal modo inexpressivas e insignificantes que não merecem a reprovabilidade penal.¹³⁵

Na lição de Vico Mañas:

o princípio da insignificância é um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.¹³⁶

Para Diomar Ackel Filho, o princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovidas de reprovabilidade, de

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**, Buenos Aires: Ediar, vol. III, P. 554.

¹³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 133.

¹³⁵ REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 36.

¹³⁶ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 58.

modo a não merecerem valoração da norma penal, exsurgindo, pois como irrelevantes. A tais ações, faltaria o juízo de censura penal.¹³⁷

Trata-se, pois, o princípio da insignificância de construção doutrinária e jurisprudencial que retira do âmbito do Direito Penal certas condutas consideradas ínfimas pela mínima afetação ao bem jurídico penalmente tutelado, e que por menor que fosse a pena aplicada essa não seria proporcional à real significação do fato.

3.1.4 Princípio da insignificância X Irrelevância penal do fato (Segundo posição de Luiz Flávio Gomes).

Luiz Flávio Gomes¹³⁸ sustenta que as infrações bagatelares, isto é, aquelas que não necessitam da intervenção penal face não ter sido atingido consideravelmente um determinado bem jurídico, podem ser classificadas em dois princípios: o da insignificância e o da irrelevância penal do fato.

Para ele, a diferença entre os dois princípios fundamenta-se no fato de que para o reconhecimento do princípio da insignificância (linha jurisprudencial mais tradicional) leva-se em conta tão somente o desvalor do resultado (é suficiente para a atipicidade que o nível de lesão ao bem jurídico ou o perigo verificado seja ínfimo), enquanto que para a adoção do princípio da irrelevância penal do fato, mister seja ele insignificante cumulativamente não só pelo desvalor do resultado, senão também pelo desvalor da conduta e da culpabilidade do agente (isto é, quando todas as circunstâncias judiciais – culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, conseqüências, circunstâncias, etc. são favoráveis).

As conseqüências jurídicas decorrentes da adoção de cada um dos princípios também são diferentes: enquanto o princípio da insignificância exclui a tipicidade do fato por ser este atípico materialmente, o princípio da irrelevância penal do fato provoca a dispensa de pena, em razão de sua desnecessidade no caso concreto.

¹³⁷ ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. v. 94, p. 73, abr-jun/1988.

¹³⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato**. Revista dos Tribunais, v. 90, n. 789, julh/2001, p. 439-456.

O fundamento legal do princípio da irrelevância penal do fato encontra-se disposto no artigo 59 do Código Penal, que prevê a fixação da pena conforme seja *necessário* e suficiente para a prevenção e reprovação do delito. Isso significa que, quando um fato for considerado irrelevante em razão da presença de todos os requisitos dos delitos bagatelares (resultado, conduta e culpabilidade) a pena torna-se desnecessária.

Por outro lado, o princípio da insignificância, salvo algumas hipóteses previstas no Código Penal Militar, não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, embora não possua previsão expressa para a aplicação aos casos da Justiça ordinária, o princípio encontra aplicação amplamente difundida pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

A problemática que surge é em razão de não existirem critérios legais e uniformes de aplicação dos princípios relativos aos delitos bagatelares. As decisões dos Tribunais são proferidas segundo os entendimentos mais diferenciados, o que gera desigualdades e patentes injustiças.

Alguns julgados reconhecem a existência das infrações bagatelares levando-se em conta somente o desvalor do resultado. Vejamos:

Todo crime, além da conduta, tem resultado. Tratando-se, no caso concreto, de um cigarro de maconha e não havendo informação de esse comportamento traduzir repetição, seqüência de outros da mesma natureza, é evidente, que a pequena quantidade não é bastante para causar o evento. Se houve a conduta, não houve, entretanto, o resultado relativamente relevante. É importante demonstrar se a substância trazia potencial para afetar o bem juridicamente tutelado. (STJ, RHC nº7.252, 6ª turma, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 1.6.98)

Por outro lado, existem decisões que levam em consideração, cumulativamente, o desvalor da conduta, do resultado e da culpabilidade:

Somente a análise individualizada, atenta às circunstâncias que envolveram o fato, pode autorizar a tese da insignificância. A natureza do ocorrido, bem como a vida pregressa do paciente, não permitem acolher a tese da singeleza". (STF, HC nº 70.747-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, J. 7.12.93).

No caso em comento o *habeas corpus* foi impetrado, pois o réu teria praticado lesão corporal constituída de um arranhão com pouco mais de um centímetro, além

do que não almejada pelo mesmo. No entanto, o paciente acusou como antecedente uma condenação por desacato.

Luiz Luisi critica a decisão da Corte, considerando a idéia presente nela um Direito Penal do autor. Daí a crítica:

É inquestionável que, se não existe a tipicidade, as circunstâncias presentes no contexto do fato e a vida passada do autor não têm a virtude de transformar em ilícito o fato. Uma lesão insignificante a um bem jurídico, ainda que seja de autoria de um reincidente na prática de delitos graves, não faz com que o mesmo se possa atribuir um delito. Seus antecedentes, por mais graves que sejam, não podem levar a tipificação criminal de uma conduta que, por haver causado insignificante dano a um bem jurídico, não causou lesão relevante.¹³⁹

Segundo Luiz Flávio Gomes a crítica do penalista tem sua razão de ser quando se trata de fatos em que o desvalor do resultado é *absolutamente* insignificante, como por exemplo, o furto de um palito de fósforo, de um cacho de uvas, etc. Mas, para além dessas hipóteses de absoluta insignificância (resolvidas pelo princípio da insignificância), outras existem em que o desvalor do resultado é insignificante, mas não em sentido absoluto: lesões corporais ínfimas, subtração de um objeto que custa alguns reais, etc.

Assim o professor indaga se nessas situações, deve-se levar em conta exclusivamente o desvalor do resultado ou também outros desvalores (da conduta e da culpabilidade). Aplicando o princípio da insignificância ou o da irrelevância penal do fato?¹⁴⁰

A decisão do STF no HC 70.747-RS, no sentido de que não basta apenas a gravidade do fato para o reconhecimento do delito bagatela, sendo também relevantes as circunstâncias e condições pessoais do agente, é semelhante ao princípio da irrelevância penal do fato que está sendo elaborado pelo Direito Italiano (Projeto de Lei 4.625/98 que pretendia acrescentar o art. 346-bis ao CPP¹⁴¹).

¹³⁹ LUISI, Luiz. **O Princípio da Insignificância e o pretório excelso**. Boletim IBCCrim, nº 63, ano 6, fev/98.

¹⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato**. Revista dos Tribunais, v. 90, n. 789, julh/2001, p. 439-456.

¹⁴¹ Tit III-bis – Irrelevância penal do fato-art. 346-bis – (Exclusão da procedibilidade por irrelevância penal do fato)-1. Para os delitos para os quais a lei estabelece uma pena privativa de liberdade não superior a três anos ou uma pena pecuniária única ou conjuntamente cominada com a citada pena, a procedibilidade fica excluída quando resulta a irrelevância penal do fato(...) 2. O fato é penalmente irrelevante quando, com relação ao interesse tutelado, a exigüidade do dano ou do perigo derivado, assim como a modalidade da conduta, sua ocasionalidade, valorada inclusive

A proposta legislativa italiana tem uma solução processual, isto é, presentes os requisitos da irrelevância penal do fato, estaria excluída a *procedibilidade*. Uma outra possibilidade, em tese, seria trabalhar o mesmo princípio em termos de Direito Penal, excluindo-se a punibilidade (em virtude da desnecessidade de pena).¹⁴²

A partir das idéias acima expostas e de acordo com os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes, daria para expor o seguinte:

- a) o princípio da insignificância autoriza excluir do tipo legal as ofensas de mínima magnitude por não ser típico conglobadamente, já o princípio da irrelevância penal do fato, pretende a não aplicação de sanção penal apesar do fato ser típico devido a conjunção do desvalor do resultado e do desvalor da ação e do agente;
- b) No princípio da irrelevância penal do fato são pertinentes as considerações pessoais do agente, porque está em jogo a “necessidade” da pena, com referência ao da insignificância critérios pessoais não fazem o menor sentido, porque o que interessa é o fato objetivo praticado e não as tendências ou inclinações subjetivas do autor;
- c) O primeiro está contemplado no art. 59 do CP e é consequência da desnecessidade de pena no caso concreto; já o segundo, salvo raras exceções, não está previsto expressamente, trata-se de construção jurisprudencial;
- d) Na praxe forense, sustenta-se com freqüência só o princípio da insignificância (que se mostra inadequado em certas situações), mas às vezes daria para ser aplicado o princípio da irrelevância penal do fato;
- e) Sempre que presentes os requisitos da bagatelaridade, não é caso de se iniciar nenhum procedimento penal. Nesta hipótese, o correto é pedir o arquivamento da investigação (afastando a aplicação do Direito Penal), em

com relação à capacidade de delinqüir do réu, e o grau da culpabilidade não justificam o exercício da ação penal...” In: GOMES, Luiz Flávio. **Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato**. Revista dos Tribunais, v. 90, n. 789, julh/2001, p. 454.

¹⁴² Idem, op. cit., p. 454.

razão de se tratar de uma infração bagatela por esta estar fundada na insignificância ou na irrelevância penal do fato.

A razão de ser do princípio da irrelevância penal do fato para o autor é a de evitar distorções do conceito de insignificância. Pois várias são às vezes em que o juiz amplia a abrangência do princípio para evitar injustiças.

Vejamos. Quando uma pessoa dá um soco em outra e o laudo demonstra não ter sido a lesão significativa. Percebe-se, que uma eventual punição, ainda que mínima, seria desproporcional à conduta típica do agente (desvalor da ação), e também ao resultado jurídico desta (desvalor do resultado). No caso em tela, é tecnicamente mais correto aplicar o princípio da irrelevância penal do fato, isentando de pena o autor da lesão, do que aplicar o princípio da insignificância concluindo-se pela atipicidade do fato, justamente para se evitar a deturpação ou elástico da noção de insignificância. Porém, caso o autor da lesão seja reincidente e possua maus antecedentes, não será mais o delito bagatela quanto ao requisito do desvalor da culpabilidade, fazendo, portanto jus a uma pena. Desta forma, as condições pessoais do agente são fundamentais para impedir a incidência do princípio da irrelevância penal do fato. Já no princípio da insignificância, as referidas condições não interferem em nada para sua incidência.

Concluindo, em virtude da ausência de critérios legais claros e definidos, nota-se que há grande confusão em nossos Tribunais. Há Juízes que admitem a insignificância e outros que não, há Juízes que levam em conta só o desvalor do resultado e outros que exigem também o desvalor da ação e da culpabilidade.

A falta de critérios legais nesse âmbito é fator de grande insegurança e permite, muitas vezes, grande poder discricionário ao Juiz.

3.1.5 Princípio da Insignificância x Crime de bagatela

Tiedeman fez referência à teoria da insignificância, chamando-a de “princípio de bagatela” (*Bagatellprinzip*), fundado no princípio da proporcionalidade que deve vigorar entre o delito e a gravidade da intervenção estatal pelo mesmo.

Para Luiz Flávio Gomes, como já exposto acima, a criminalidade de bagatela seria *gênero* do qual o princípio da insignificância seria espécie, juntamente com o princípio da irrelevância penal do fato.

No entanto, Maurício Antonio Ribeiro Lopes salienta que sozinho, faz distinção entre o princípio da insignificância e o crime de bagatela, citando como exemplo o crime de lesão corporal.

Para ele, no caso da lesão ser caracterizada como um mero eritema (simples rubor na vítima), tal lesão é insignificante e não há que se falar em imposição de pena criminal face à não adequação típica da mesma por falta do resultado lesivo. Não há crime.

Já a lesão corporal que provoca na vítima incapacidade para suas ocupações pessoais por uma ou duas semanas, pode dispor de um modelo processual mais célere, condicionando-se, mesmo, a iniciativa da ação penal à vítima, ou, deferindo o perdão judicial nos casos em que houver pronta e justa reparação do dano, podendo ser considerada como crime de bagatela ou mesmo de menor potencial ofensivo¹⁴³, jamais ser reputada como insignificante¹⁴⁴.

Celso Celidônio¹⁴⁵, Juiz-Auditor da Justiça Militar da União, cita o artigo 209, §6º do Código Penal Militar (CPM), que assim dispõe:

“§6º. No caso de lesões levíssimas, o Juiz pode considerar a infração como disciplinar.”

Então, conclui que é o Juiz que terá a faculdade de se assim entender, declarar a *falta de tipicidade* (princípio da insignificância), absolvendo o réu da produção de lesão insignificante, devendo apenas reconhecer a existência de infração disciplinar. Existindo, portanto, ilícito administrativo e não ilícito penal. Tudo a critério do julgador.

Assim, Celidônio, partindo da mesma idéia de Ribeiro Lopes, distingue a insignificância da bagatela. Segundo o juiz do Rio Grande do Sul, “bagatela quer dizer *ninharia*, coisa de pouca importância, mas onde o crime sempre se faz

¹⁴³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise á luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 217.

¹⁴⁴ Idem, op. cit., p. 39.

¹⁴⁵ CELIDÔNIO, Celso. **O princípio da insignificância.** Revista de Direito Militar, v. 3, nº 16, mar-abr/99, p. 9.

presente, ao contrário da insignificância, onde não há qualquer importância e assim, não há crime, por falta de tipicidade.”¹⁴⁶

3.1.6 Princípio da insignificância X Infração de menor potencial ofensivo

Luiz Flávio Gomes pondera que um dos pontos de partida da teoria do controle social penal e da política criminal consiste no tratamento diferenciado entre criminalidade pequena ou média e a criminalidade de alta lesividade social. No direito brasileiro ainda não se encontra delimitado o conceito de criminalidade de bagatela (a pequena e média criminalidade).¹⁴⁷

A par desse posicionamento, parte da doutrina aproxima o conceito de pequena ou média criminalidade aos de infrações de menor potencial ofensivo, previsto na Constituição Federal em seu artigo 98, I. Tal dispositivo, que deu azo à Lei dos Juizados Especiais Criminais, Lei nº. 9.099/95, sugere que os delitos de bagatela seriam as infrações que produzem lesão ou perigo de lesão de escassa repercussão social, não se justificando a sanção penal mais severa.

Entretanto, Maurício Antonio Ribeiro Lopes observa que o intento legislativo do art. 98, inciso I da Constituição Federal não prestigia o princípio da insignificância, ao contrário, elimina-o, criando uma competência jurisdicional específica para processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo. Evidencia o autor a nocividade de se confundir o princípio da insignificância com crimes de pouca significação, pois o princípio afasta a tipicidade do crime por ausência de seu elemento material, enquanto que para o segundo, busca-se uma alternativa processual mais célere, pela menor importância do crime (que existe).¹⁴⁸

O conceito do que seja infração de menor potencial ofensivo é tema controvertido entre a doutrina.

¹⁴⁶ Idem, op. cit., p. 9.

¹⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. Tendências político criminais quanto à criminalidade de bagatela. Revista Brasileira de Ciências Criminais. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 47.

¹⁴⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 54.

A Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Estaduais) em seu artigo 61 define-a como sendo os crimes cuja pena máxima não exceda um ano e que não possua rito especial, e todas as contravenções independentemente do rito.

Já a Lei nº. 10.259/01 (Juizados Especiais Federais) define como sendo os crimes cuja pena máxima não exceda 02 anos, silenciando quanto ao rito e quanto às contravenções.

De acordo com o Professor Celso Jair Mainardi¹⁴⁹ há dois sistemas para definir o que seja infração de menor potencial ofensivo.

O Sistema Bipartido ou Dualista; menciona a separação, ou seja, quando for de competência dos Juizados Estaduais aplicar-se-ia o art. 61 da Lei 9.099/95 (pena de no máximo 01 ano para os crimes sem rito especial e todas as contravenções penais), e, quando fosse de competência dos Juizados Federais o artigo 2º da Lei 10.259/01 (crimes com pena de no máximo 02 anos) é que seria aplicado.

No entanto, como leciona o professor, tal posicionamento é isolado.

Segundo ele, a doutrina majoritária opta pelo Sistema Unitário, o qual entende que o art. 2º da Lei 10.259/01 derogou o art. 61 da Lei 9099/95. Portanto, infração de menor potencial ofensivo seria todos os crimes cuja pena máxima não exceda 02 anos, independentemente do rito, e também as contravenções penais.

A potencialidade ofensiva da conduta é proporcional à relevância do bem jurídico que a ação lesiva atingiu. Nos casos de menor potencial ofensivo o que se verifica é a baixa relevância do bem jurídico, a baixa lesividade, resultando daí a pequena reprovabilidade social ou a escassa repercussão social que autoriza tratamento diferenciado proposto pelas Leis dos Juizados Especiais, tornando mais rápido e acessível o judiciário. Não é o que ocorre nos crimes de bagatela onde há uma inexistente ou mínima relevância jurídica, tornando a conduta atípica por ausência ou ínfima lesividade, ou ainda, pela desproporcionalidade entre a gravidade da conduta e a intervenção estatal.

Como pondera Luiz Flávio Gomes, as infrações penais no Brasil hoje poderiam ser classificadas da seguinte maneira: a) *infrações bagatelares* (que não são puníveis, seja por força do princípio da insignificância, seja em virtude do princípio da irrelevância penal do fato); b) *infrações de menor potencial ofensivo* (todas as contravenções e os delitos cuja pena máxima não exceda 02 anos), c)

¹⁴⁹ Considerações retiradas da aula proferida em 17/03/2004, pelo professor Celso Jair Mainardi (disciplina optativa: Juizados Especiais Criminais).

infrações de médio potencial ofensivo (que admitem a suspensão condicional do processo); d) *infrações graves* (de alto potencial ofensivo, mas que não recebem a etiqueta de crime hediondo; ex.: homicídio simples); e) *infrações hediondas* (que estão regidas por um regime jurídico especial: Lei nº 8.072/90).¹⁵⁰

Para Flávio Gomes, há que se reconhecer uma grande diferença entre o fato de “escassíssima” ofensividade (que, segundo o princípio da insignificância ou da irrelevância penal do fato, ficaria excluído do âmbito de incidência do tipo legal ou seria desnecessária a pena) e a criminalidade de menor potencial ofensivo (que entra na esfera das decisões consensuais dos Juizados Especiais Criminais). Essa distinção é fundamental, sobretudo no momento de se decidir sobre o processamento (ou não) das infrações de menor potencial ofensivo porque, quando se constata a bagatellaridade da infração, a solução correta não é o ajuizamento do caso, e sim o pedido de arquivamento.

Concluindo, muito embora as infrações de menor potencial ofensivo se caracterizem por uma relevância diminuta, ao atingirem o bem juridicamente tutelado o fazem de modo considerado reprovável pela sociedade, sendo, então, de competência dos Juizados Especiais. Por seu turno, os crimes de bagatela, caracterizam-se por uma reprovabilidade social inexpressiva ou nula, irrelevantes para o juízo de censura penal.

3.1.7 Ministério Público e autoridade policial diante do princípio da insignificância.

Há uma corrente doutrinária que sustenta a incompatibilidade do princípio da insignificância com o princípio da obrigatoriedade da ação penal.¹⁵¹ Como titular da ação penal cabe ao Ministério Público aferir se houve ou não crime no caso

¹⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato**. Revista dos Tribunais, v. 90, n. 789, julh/2001, p. 448.

¹⁵¹ No Brasil, quanto à ação penal pública, vigora o princípio da obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Identificada a hipótese de atuação, não pode o Ministério Público recusar-se a dar início à ação penal, pois como titular da ação está obrigado a propô-la sempre que presentes os requisitos necessários. Atualmente o princípio sofreu inegável mitigação com a regra do art. 98, I da CF, que possibilitou a transação penal entre o Ministério Público e o autor do fato, nas infrações de menor potencial ofensivo. In: CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

concreto. Enquanto que ao Poder Judiciário cabe a análise e fiscalização do aspecto formal da peça acusatória, para posterior exercício de sua parcela de soberania e entrega da prestação jurisdicional.¹⁵²

Entretanto, não existe qualquer incompatibilidade entre o princípio da obrigatoriedade, inerente às ações penais de iniciativa pública, e o princípio da insignificância.¹⁵³ O promotor de justiça, ao se deparar com uma situação merecedora da aplicação do princípio da insignificância, deverá promover o arquivamento do inquérito policial, vez que a falta de tipicidade material da conduta leva à atipicidade do fato.¹⁵⁴ No entanto, se o membro do *parquet* insistir em denunciar, cabe ao juiz rejeitá-la (art. 43, I, CPP), e, se finalmente, o magistrado não o fizer, cabe *habeas corpus* para “trancamento” da ação penal, extinguindo a relação jurídica processual. Não há crime se o fato é atípico (materialmente), portanto, não há interesse do Estado de deduzir sua pretensão punitiva em tal fato.

No que concerne ao comportamento da autoridade policial, Carlos Alberto Marchi Queiroz argumenta que, apesar de o artigo 17 do CPP determinar, mandatoriamente, que “a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito policial”, os delegados de polícia paulistas, há muito tempo, vêm aplicando o princípio da insignificância. Segundo o autor, a falta de amparo legal para a aplicação do princípio não invalida e nem compromete o comportamento da autoridade policial, uma vez que a insignificância é detalhe que se mede através do conhecimento direto e imediato da realidade social pela autoridade policial, por dispor de condições jurídicas amplas de dimensionamento e de verificação do mal do processo face o mal da pena.¹⁵⁵

Entretanto, segundo opinião de Guaracy Rebêlo, a possibilidade de puro e simples arquivamento do inquérito por parte da autoridade policial é perigosa e imprudente, por subtrair do âmbito de apreciação do Poder Judiciário o exame das circunstâncias do eventual delito, inclusive no que toca a sua inexistência material. Mesmo o Ministério Público, atento à insignificância do fato, quando não oferece

¹⁵² RÊBELO, José Henrique Guaracy. **Princípio da Insignificância: interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 45.

¹⁵³ GRECO, Rogério. **Direito Penal**. Belo Horizonte: Gráfica e Editora Cultura, 1998, v. 1, p. 71.

¹⁵⁴ RÊBELO, José Henrique Guaracy. **Princípio da Insignificância: interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 46.

¹⁵⁵ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **A autoridade policial e o princípio da insignificância**. Revista Jurídica nº 212- jun/95, p. 46.

denúncia, está necessariamente sujeito à consideração do Judiciário sobre o assunto, por meio da promoção de arquivamento.¹⁵⁶

Carlos Alberto Garcete¹⁵⁷, juiz de direito em Mato Grosso do Sul, ressalta que o princípio da insignificância não pode ser invocado pela autoridade policial, para deixar de cumprir o seu dever de ofício, pois, mercê da hipotética ocorrência do delito, seja na forma consumada, seja na tentada, cumpre tomar todas as providências necessárias à *opinio delicti*.

Para Garcete sucede que, mercê da *notitia criminis*, a autoridade policial não tem o amparo legal necessário para invocar o princípio da insignificância e, com base nele, informar à vítima que a conduta do suposto autor não constitui crime.

Neste sentido, caberia ao Ministério Público porque este é o “dono da ação penal” e porque é a instituição incumbida à luz da estrutura constitucional, de invocar a pretensão punitiva do Estado, e depois ao Magistrado, a quem cabe receber (ou não) a peça acusatória, sob a análise dos artigos 41 e 43 do CPP.

¹⁵⁶ RÊBELO, José Henrique Guaracy. **Princípio da Insignificância: interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 46.

¹⁵⁷ GARCETE, Carlos Alberto. **O princípio da insignificância**. Revista dos Tribunais, v. 90, nº 789, jul/2001, p. 485.

4 MEIOS DE INSERÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

4.1 DESCRIMINALIZAÇÃO, DESPENALIZAÇÃO E DESCONSIDERAÇÃO DA TIPICIDADE

Descriminalizar, segundo Zaffaroni, “é a renúncia formal (jurídica) de agir em um conflito pela via do sistema penal”.¹⁵⁸

Segundo seus ensinamentos, a descriminalização pode ser “de fato”, quando o sistema penal deixa de agir, sem que formalmente tenha perdido competência para isto, como o que ocorre, por exemplo, no adultério. No entanto o que se propõe na maioria dos casos, é que o Estado, intervenha apenas de modo não punitivo: sanções administrativas, civis, educação, etc.

Para Ribeiro Lopes significa extrair da estrutura constituidora do crime (conduta típica, antijurídica e culpável) um de seus elementos, com a conseqüente redução do fato a um evento não cominado com a sanção penal como conseqüência de sua prática. Ressalva que em face do princípio da legalidade, os processos descriminalizadores são de natureza legislativa.

Descriminalização é técnica de processo legislativo pautado em razões de política criminal de extinção de modelo de conduta pela superação, por qualquer meio de sua estrutura típica, ilícita ou da culpabilidade.

Salienta que, no que tange ao princípio da insignificância, não há o que se falar em descriminalização, a não ser como inspirador de política criminal para a fixação de elementos quantitativos do tipo penal.¹⁵⁹

Despenalização é o ato de “degradar” a pena de um delito sem descriminalizá-lo.

Para Ribeiro Lopes, constitui na “elevação das permissividades jurisdicionais face ao deferimento das prerrogativas de utilização mais amiúde do perdão

¹⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p.357.

¹⁵⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 120.

judicial.”¹⁶⁰ Assim, continuaria a existir a figura delitiva, mas o prudente critério judicial *permitiria* tornar isento de pena o autor de um crime considerado como insignificante.

Para o professor, trata-se de técnica que apesar de recomendada pela doutrina tem conseqüências nefastas no tocante ao princípio da igualdade, pois se cria uma mera faculdade persecutória de tais delitos.

Desconsideração da tipicidade

Descreve Vico Mañas que a concepção material do tipo é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não mais são objeto de reprovação social, nem produzem danos significantes aos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.¹⁶¹

Como leciona Ribeiro Lopes, o que se passa efetivamente no tema do princípio da insignificância não é, se não impropriamente, um processo de descriminalização, mais sim uma técnica de desconsideração judicial da tipicidade.

Assim, não se considera como crime a conduta por ela não merecer a pena criminal posto sua irrelevância para o direito penal e por não ter consideravelmente afetado o bem jurídico.

Destarte, como já exposto neste trabalho, desconsidera-se a tipicidade, pois apesar de o fato subsumir-se ao tipo legal, não se enquadra no tipo material, que exige além do fato amoldar-se ao tipo, uma violação à norma e uma grave afetação ao bem jurídico (tipicidade conglobante).

O princípio da insignificância atua como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, revelando a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal.

¹⁶⁰ Idem, op. cit., p. 120.

¹⁶¹ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 54.

4.2 ADEQUAÇÃO SOCIAL

A partir da premissa de que o direito penal somente tipifica condutas que têm certa “relevância social”, posto que do contrário não poderiam ser delitos, deduz-se, como conseqüência, que há condutas que, por sua “adequação social”, não podem ser consideradas como tal.¹⁶²

Segundo essa teoria formulada primeiramente por Hans Welzel, as condutas que se considerarem “socialmente adequadas” não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade.

Assim, não são consideradas típicas aquelas condutas que se movem por completo dentro do marco de ordem social, histórico, normal da vida porque são socialmente adequadas.¹⁶³

O Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social, por isso, por mais que o fato subsuma-se no tipo penal apenas formalmente, mas na realidade social são correntes e aceitos, não há que se falar em delito.

O legislador ao elaborar os tipos penais não tinha como prever todas as formas de delitos que pudessem ocorrer, e em sua fórmula estanque não previu que mesmo quando a conduta se encaixa naquele modelo pré-estabelecido, não era necessária a sua repressão, por ser totalmente adequada ou até mesmo insignificante no âmbito do Direito Penal.

Um exemplo de condutas formalmente típicas que têm tipicidade excluída devido à adequação social, seria a circuncisão, realizada na religião judaica. Outro exemplo seriam as lesões praticadas eventualmente por manicures. Estas ações são destituídas de tipicidade material, pois são coletivamente permitidas e normais. É importante ressaltar, que, todavia, este princípio não abarca ações excessivas, que se enquadram fora dos limites da normalidade.¹⁶⁴

¹⁶² WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, parte general: In: BITENCOURT, César Roberto; PRADO, Luiz Régis. **Princípios fundamentais de direito penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 4, n° 15, jul/set 96, p. 86.

¹⁶³ WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, parte general. In: LOPES, **Maurício Antonio Ribeiro**. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 121.

¹⁶⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

Assim, o princípio da adequação social exclui desde logo a conduta do âmbito de incidência do tipo, situando-se entre comportamentos atípicos, pois socialmente aceitos e normais.

Porém, Juarez Cirino ressalta que, apesar da opinião dominante compreender a adequação social como hipótese de exclusão da tipicidade, existem setores que a consideram como *justificante*, *exculpante*, ou como *princípio geral de interpretação da lei penal*. Segundo o professor, não há dúvida de que a adequação social é um princípio geral que orienta a criação e a interpretação da lei penal. No entanto, assevera que sua atribuição à antijuridicidade pressupõe a ultrapassada concepção do tipo livre-de-valor, e sua compreensão como exculpante pressupõe uma inaceitável identificação entre a adequação social de determinadas ações de natureza proibida do injusto.¹⁶⁵

A adequação social é diferente das “causas de justificação”, pois a ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo (material), porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente *inadequada*, em razão de uma *autorização especial* para a realização típica.¹⁶⁶ (ex: legítima defesa, estado de necessidade, etc.).

Zaffaroni diferencia também, tipicidade conglobante da teoria da adequação social, segundo ele, a tipicidade conglobante não é como na teoria da adequação social da conduta – uma concepção corretiva proveniente da ética social material, e sim uma concepção normativa.¹⁶⁷

Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir as lesões insignificantes. No entanto, a teoria da adequação social não se confunde com o princípio da insignificância. Conforme observa Ribeiro Lopes, estes princípios se distinguem em pelo menos dois pontos. A adequação social supõe a aprovação social da conduta, enquanto que o princípio da insignificância comporta apenas uma relativa *tolerância* por sua escassa gravidade. A teoria da adequação social está

¹⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 2002, p. 37-38.

¹⁶⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 123.

¹⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p.563.

prevalentemente regulada sobre o desvalor da ação, e o princípio da insignificância sobre o desvalor do resultado.¹⁶⁸

Neste sentido:

... . Pelo princípio da insignificância se excluem do tipo os fatos de mínima perturbação social. A adequação social leva a impunidade dos comportamentos normalmente admitidos ainda que formalmente realizem a letra de algum tipo legal. "Não se pode castigar o que a sociedade considera correto" (Santiago Mir Puig) (TRF, 3ª Reg., AC, Rel. Tourinho Neto, RT 737/601).

4.3 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

O princípio da ofensividade - *nullum crimen sine iuria* - é o correspondente italiano do princípio da insignificância, acolhido pela doutrina alemã.

Vico Mañas expõe que, de acordo com o princípio da ofensividade, o juízo penal, só deve ser aplicado quando a conduta efetivamente ofende (lesiona ou põe em risco) um bem jurídico. Segundo o princípio, não há crime sem ofensa, ou quando esta é tão ínfima que o fato merece permanecer fora do campo de incidência do direito penal, não obstante formalmente típica.¹⁶⁹

Ensina Ribeiro Lopes que, tanto a doutrina alemã, como a italiana, buscaram um critério distintivo entre fatos lesivos (penalmente relevantes) e fatos não-lesivos.

No entanto, enquanto os italianos sustentam ser possível encontrar no próprio direito positivo (concepção realística de crime) os critérios justificadores para a irrelevância penal de determinada conduta, a doutrina alemã, para alcançar o mesmo objetivo, utiliza-se de proposições sistemáticas relevantes, mas não enunciadas pelo legislador.¹⁷⁰

Segundo o princípio da ofensividade há uma concepção realística do crime que parte da observação de que os conceitos de bem jurídico e de evento típico

¹⁶⁸ Idem, op. cit., p. 122.

¹⁶⁹ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 34.

¹⁷⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 124 e 113.

devem ser repensados, para que a “ofensa ao interesse tutelado pela norma” seja elevada a requisito autônomo do tipo.¹⁷¹

Destarte, nesta linha, não configura crime a conduta que se revela inofensiva e, portanto, inidônea para lesionar o interesse protegido, não obstante formalmente típica.¹⁷²

4.4 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Como dito, as condutas insignificantes que, numa análise preliminar, poderiam se amoldar ao tipo legal, não podem ser consideradas crimes em sentido jurídico propriamente porque a consumação delas não chega a preencher a relação de tipicidade entre o sentido da norma e sua essência (de fato insignificante), e porque não ofende o bem jurídico penalmente tutelado de forma significativa e intolerável.

A tarefa que ora se coloca é saber distinguir entre as hipóteses de cabimento do princípio da insignificância e as que não são cabíveis a aplicação do mesmo.

Há uma discussão doutrinária em que existem pelo menos quatro posições identificadamente divergentes: a) uma que assevera que o princípio da insignificância estaria vinculado somente à insignificância do resultado¹⁷³, b) a que admite a aplicação do mesmo sempre que houver irrelevância no valor da ação praticada¹⁷⁴, c) outra que considera que o princípio depende da apreciação do grau de *nocividade social* que está vinculado tanto no desvalor da ação, quanto do resultado e do grau de ofensividade ou lesividade ao bem jurídico protegido pelo tipo penal¹⁷⁵, d) outra que assevera que, além dos dois elementos, há ainda o

¹⁷¹ Idem, op. cit., p. 124 e 113.

¹⁷² SANGUNÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. Fascículos de Ciências Penais, v. 3, n. 1, p. 39.

¹⁷³ GOMES, Luiz Flávio. **Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato**. Revista dos Tribunais, v. 90, n. 789, julh/2001, p. 441.

¹⁷⁴ Busto Ramirez, diz que o desvalor do resultado não opera papel algum no injusto, já que sempre é um produto do azar.

¹⁷⁵ Consoante esse posicionamento ver: VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 60; SANGUNÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. Fascículos de Ciências Penais, v. 3, n. 1, p. 47;.

elemento culpabilidade do sujeito¹⁷⁶, que também não deve apresentar fatores significativos (por exemplo: reincidência).

A solução que ora se apresenta descarta de antemão a quarta posição citada. A razão é bem simples e decorre dos postulados anteriormente firmados: a culpabilidade do agente não pode ser apreciada para a aplicação do princípio da insignificância (poderia para o da irrelevância penal do fato) porque este, como já afirmado, aplica-se a fatos que não reúnem condições materiais de tipicidade, de forma que se o fato já é atípico, então não mais cabe a análise da culpabilidade do sujeito.

Em relação ao dilema de aplicação do princípio quando da irrelevância do desvalor da ação ou do resultado, cumpre esclarecer as conseqüências da aplicação de uma ou outra posição.

Assim, admitir-se apenas o critério do ínfimo resultado para a aplicação do princípio, então basta que haja a ocorrência de um resultado inexpressivo para que a conduta seja entendida como atípica; por outro lado se a simples irrelevância do desvalor da conduta é o critério, então basta que haja uma conduta assim para que incida o princípio.

Quando o direito penal opta só pelo desvalor da ação, ou seja, quando pune uma conduta com valor negativo não interessando o seu resultado, estará escolhendo um sistema em que se busca não prioritariamente a proteção de um bem jurídico, pois este já foi atingido, mas a proteção da sociedade, em que esta está ligada por uma espécie de acordo coletivo em que todos devem respeitá-lo (respeitar-se mutuamente).¹⁷⁷

Assim, protege-se o acordo celebrado e não a violação desse.

Desta forma¹⁷⁸, quando o indivíduo aponta uma arma para outro, mesmo que não acerte o tiro, sua conduta já teria sido repudiável, contrária ao “acordo de respeito mútuo”, pois apesar de não ter matado o quis. Mostrando seu desamor, sua conduta já autorizaria o Estado a punir.

¹⁷⁶ MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Manual de direito penal**.v. 1. São Paulo. Atlas, 2001.

¹⁷⁷ Consoante esta posição é o pensamento de Hans Welzel, ver in: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 111.

¹⁷⁸ Considerações extraídas da aula proferida em 16/08/2004 pelo Professor Fábio Guaragni nas Faculdades Integradas Curitiba (na sala B21 às 10:20).

Segundo esta vertente, o direito penal desvalora condutas que portem em si uma carga negativa, prescindindo do resultado.

Já, quando opta somente pelo desvalor do resultado, o que basta para que o agente seja punido é a ocorrência de um resultado grave, que tenha afetado o bem jurídico penalmente tutelado.

De acordo com essa posição, se o agente atira, mas erra seu alvo, ou não consegue acertá-lo por circunstâncias alheias a sua vontade (tentativa) não será punido, pois apesar de sua ação ser errada, má, o que importa aqui é que não causou resultado algum, o bem jurídico não foi lesado (não houve a morte da vítima).¹⁷⁹

Analisando as conseqüências de uma e de outra posição chega-se as seguintes conclusões:¹⁸⁰

Desvalor da ação: o agente por sua ação desvaliosa praticada, seria condenado mesmo quando não ocorresse qualquer lesão ao bem jurídico penalmente tutelado; assim seria admitida a punição do crime impossível e a pena de um crime tentado seria a mesma de um crime consumado, assim como a de um crime culposos seria igual a do mesmo crime só que praticado de forma dolosa.

Desvalor do resultado: como o que importa aqui é a mera ocorrência do resultado lesivo, o crime impossível não seria punido, e a pena de um crime tentado seria menor do que se consumado.

Considerando que o Código Penal Brasileiro adota posições como as acima expostas (não pune o crime impossível – artigo 17 do CP, e a pena de um crime tentado é menor do que se consumado – artigo 14, II, parágrafo único) parece que essa é a solução correta, isto é, optar pelo mero desvalor do resultado.

No entanto, nem sempre é isso que ocorre, pois nosso Código também adota o desvalor da ação como critério, como se pode depreender da análise, por exemplo, do artigo 121, § 1º e § 2º do CP, quando opta por uma pena maior no crime doloso do que no culposos.

¹⁷⁹ A exposição a perigo, nesta vertente não é levada em conta e sim a efetiva lesão.

¹⁸⁰ Considerações extraídas da aula proferida em 16/08/2004 pelo Professor Fábio Guaragni nas Faculdades Integradas Curitiba (na sala B21 às 10:20).

Como explica Vico Mañas:

O direito penal não sanciona toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, mas só aquelas que produzam graves conseqüências e que resultem de ações especialmente intoleráveis.

O desvalor do evento deve ser considerado de acordo com a importância dos vários bens jurídicos protegidos penalmente e da intensidade da ofensa ocorrida. O desvalor da ação, por sua vez, deve ser analisado segundo o grau de probabilidade da conduta para a realização do evento. A ocorrência de ambos os critérios torna a conduta evidentemente irrelevante para fins penais.¹⁸¹ Assim, não poderiam ser considerados como de bagatela, por exemplo, um delito levemente culposos, mas de graves conseqüências, ou a tentativa de delito grave.¹⁸²

Contudo, ressalva o autor que às vezes, para que se possa fixar a insignificância do comportamento sob a ótica penal, prevalece o critério do desvalor do resultado, já para o reconhecimento de ser a conduta socialmente adequada, não obstante formalmente típica, prepondera, em regra o desvalor da ação.

No entanto, acrescenta:

Contudo, ambos os critérios, desvalor da ação e desvalor do resultado, revelam-se importantes na tarefa de descriminalização interpretativa, pois estão perfeitamente entrelaçados e é impossível imaginá-los separados. O valor ou desvalor de uma conduta pressupõe sempre o valor ou desvalor de um resultado. Assim, por exemplo, a proibição de matar é conseqüência da proteção à vida; a proibição de roubar resulta da proteção à propriedade. Nos dois casos, o desvalor da ação (matar, roubar) deriva já do desvalor do resultado (destruição da vida humana, lesão da propriedade). Os mandamentos de “não matar” e “não roubar” só têm sentido se previamente se reconhecerem os valores que os fundamentam: a vida e a propriedade.¹⁸³

De qualquer forma, Vico Mañas afirma que para que se verifique a eventual preponderância de um critério sobre o outro em determinado caso concreto, é necessário analisar a estrutura legal do respectivo tipo penal. No caso deste ser constituído sobre a mera causação do evento, deve-se valorizar a intensidade da

¹⁸¹ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 60 e 61.

¹⁸² SANGUNÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. Fascículos de Ciências Penais, v. 3, n. 1, p. 45.

¹⁸³ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 61.

ofensa verificada; quando, ao contrário, o tipo dá destaque à forma de ação, importa analisar o *potencial agressivo da conduta* praticada.¹⁸⁴

Zaffaroni assim entende sobre o tema:

Se o direito se vê contrariado em sua aspiração ética quando uma conduta afeta de forma intolerável um bem jurídico tutelado, não se pode dizer que ponha seu acento desvalorizante (isto é, que considere mais “má”) na afetação do bem jurídico tutelado de preferência à conduta, ou ainda que, diretamente, considere mais “má” a conduta que a afetação e não a conduta ou vice-versa. O direito penal nunca pode desvalorar parcialmente: desvaloriza um resultado que se traduz em uma afetação de bem jurídico (por lesão ou perigo), porque é resultado de uma conduta e não porque é uma mera mutação física, posto que o direito é uma ordem de regulação de condutas e não de fenômenos físicos; inversamente, tampouco pode desvalorar condutas sem resultados, porque, embora o resultado seja sempre algo distinto da conduta, um resultado não pode deixar de acompanhar cada conduta com relevância penal. É completamente arbitrário pretender separar o desvalor da conduta do desvalor do resultado, como também a pretensão de separar o desvalor da objetividade da conduta do de sua subjetividade.¹⁸⁵

De acordo com Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

Para evitar as objeções concernentes à indeterminação conceitual do princípio, a valoração da ofensa deve manter sempre um caráter estritamente normativo. Pode ser utilizado o parâmetro da nocividade social vinculada aos critérios do desvalor da ação e desvalor do resultado e ao grau de ofensividade ao bem jurídico protegido pelo tipo penal.¹⁸⁶

Destarte, o princípio da insignificância deve incidir sempre que a insignificância existente na conduta e no resultado seja capaz de tornar atípico o fato posto sob a análise do sentido da norma (incluindo-se não somente o aspecto formal, mas o material igualmente).¹⁸⁷

Assim, o critério da nocividade social é um critério seguro, como também o critério do desvalor da conduta não prescindindo do desvalor do resultado, isto é, quando o desvalor de uma ação se dá pela ofensividade potencial que ela pode

¹⁸⁴ Idem, op. cit., p. 61 e 62.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2001, p. 99.

¹⁸⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 113.

¹⁸⁷ Importante frisar que, conforme já afirmado, a incidência do princípio da irrelevância penal do fato é mais abrangente que o princípio da insignificância, visto que incide em casos típicos, mas que não comportam a aplicação de penas.

gerar, de modo que a atribuição de valor (ou desvalor) a uma ação implica sempre a expectativa de um resultado valioso (positivo ou negativo) dela decorrente.

Em outras palavras, para que haja uma ação “desvaliosa” é necessário que dela decorra (pelo menos possivelmente) um resultado negativo.

Neste caso, não se quer dizer que o ínfimo desvalor do resultado não é critério para a aplicação do princípio, pelo contrário, quer dizer apenas que da análise do desvalor do resultado, deve-se seguir uma análise da ofensividade da conduta, sob pena de extrapolação dos limites do citado princípio.

5 CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Alguns autores, e, sobretudo a jurisprudência, teimam em não aceitar o princípio da insignificância de forma pacífica. Não obstante a doutrina predominantemente acate o princípio da insignificância, há autores que estabelecem algumas objeções à sua aplicação.

Carlos Vico Mañas aponta as principais objeções ao princípio.¹⁸⁸ A principal delas reside na dificuldade de fixação de critérios precisos para a caracterização do chamado delito de bagatela. Outra crítica é a de que o princípio não pode ser aceito nos casos em que o legislador incrimina, expressamente, condutas de pouca relevância. Há ainda a impossibilidade de interpretação restritiva em certos tipos penais, como os formais, por não disporem de um elemento, como por exemplo, o resultado, que possa ser valorado como de escassa importância. Posições mais formalistas sustentam ser inaplicável o princípio por não estar legislado e, portanto, incorporado ao ordenamento jurídico. Finalmente, levando-se a questão de representar um recuo do direito penal, com a conseqüente sensação de ausência de direito e de tutela jurídica.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes acrescenta que muitos reclamam que o princípio padece de uma imprecisão terminológica e ausência de autonomia axiológica.¹⁸⁹

Entretanto, sustenta Carlos Vico Mañas que, todas as críticas formuladas não têm o condão de eliminar a validade do princípio da insignificância como instrumento político-criminal e sistemático da exclusão da tipicidade penal.¹⁹⁰

¹⁸⁸ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59.

¹⁸⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 177.

¹⁹⁰ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59.

5.2 PRINCIPAIS CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

5.2.1 Indeterminação conceitual

Costuma-se afirmar que o princípio da insignificância resente-se de uma precisão terminológica ou de uma maior determinação conceitual. Isso porque não consegue desvinculá-lo de uma conotação excessivamente política e ideológica.¹⁹¹

Vico Mañas, sem distinguir entre os aspectos internos do problema, enfrenta-o com certa eficiência. Importante expressar o posicionamento desse jurista para que seja entendido o que foi dito.

Ensina Vico Mañas que, com o intuito de evitar as objeções concernentes à indeterminação conceitual do princípio da insignificância, é preciso que a tarefa de interpretação e valoração da ofensa tenha caráter rigorosamente normativo.¹⁹² Para tanto, pode ser utilizado o critério da nocividade social, que, segundo Roxin, dispõe¹⁹³ de conteúdo próprio, sendo suscetível, portanto, de concreção material, não obstante todos os problemas a ele pertinentes.

Acrescenta Mañas que, ao parâmetro de nocividade social, para precisar a global significância da conduta, devem ser acrescidos os critérios do desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido pelo tipo penal. Deve-se considerar, ainda, uma antecipada medição da pena, analisando-se a necessidade de sua imposição, já que poderá não redundar em qualquer benefício para a sociedade ou para o próprio autor do delito.¹⁹⁴ Destarte, segundo seu raciocínio, nem toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico (desvalor do resultado) é ilícita, mas apenas aquela que deriva de uma ação desaprovada pelo ordenamento jurídico (desvalor da ação).

¹⁹¹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 177.

¹⁹² VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 60.

¹⁹³ ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Madrid: Editorial

¹⁹⁴ SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. In: VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 60.

Para o autor, o desvalor do evento deve ser considerado de acordo com a importância dos vários bens jurídicos protegidos penalmente e da intensidade da ofensa ocorrida. E o desvalor da ação, por sua vez, deve ser analisado segundo o grau de probabilidade para a realização do evento.

Assim a concorrência de ambos os critérios tornaria a conduta irrelevante para fins penais.

Destarte, analisando-se a posição do autor, pode-se perceber que dois são os problemas de ordem conceitual que acompanham o princípio da insignificância: um deles consiste em saber quais são as hipóteses de incidência do princípio da insignificância, ou seja, qual é a forma sobre a qual o princípio pode-se manifestar; o outro consiste em determinar a matéria insignificante, este problema se resume em saber distinguir o significativo penal do insignificante penal¹⁹⁵.

Relativamente ao primeiro desses problemas (o aspecto formal de aplicabilidade do princípio), deve ser dito que a solução sustentada no item “4.4” parece ter resolvido o problema, de forma que o critério formal de incidência do princípio obedece à condição de existência de uma insignificância no desvalor da ação e do resultado.

No que diz respeito ao segundo problema da matéria insignificante, resta dizer que é o sentido material da norma que define este aspecto, pois, se a conduta aparentemente delitiva não fere o aspecto material da tipicidade, então o fato é insignificante.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes explica que a crítica pode ser facilmente afastada. Esclarece que o princípio da insignificância opera como limite tático da norma penal, isto é, a perceptibilidade da agressão ao bem é considerada como requisito implícito do crime, em ausência da qual, a pena não se legitima, Sendo definição de crime dotada de caráter político e ideológico, que se expressa desde a escolha do bem jurídico, passando pelos critérios de definição das condutas delitivas, o princípio da insignificância apenas apura o rigor desse sistema, operando marginalmente na contenção de excessos.¹⁹⁶

¹⁹⁵ A rigor, apesar de parecer correta a solução do autor, parece que ele não percebeu a duplicidade de aspectos do problema, de modo que trata de ambos indistintamente.

¹⁹⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 178.

Conforme leciona Gustavo L. Vitale¹⁹⁷ é o julgador quem deverá determinar em cada caso concreto se nos encontramos frente a uma hipótese de insignificância – e, em consequência, de impunidade – ou se, pelo contrário, a conduta reveste-se de entidade suficiente para constituir um ilícito penal. O julgador deverá determinar o âmbito da insignificância da mesma forma que faz com qualquer instituto a que se refere o legislador penal, como é o caso da autoria, participação, começo de execução, delito impossível, erro de tipo, obediência indevida, etc. A lei se refere a eles sem determinar seu alcance, pois isso faz parte da função judicial.

O julgador deve verificar o contexto no qual ocorreu a conduta e se esta tem o condão de acabar ou não com a paz social que é a função precípua do Direito Penal.

5.2.2 Previsão legislativa de tipos privilegiados, contravenções penais e infrações de menor potencial ofensivo

Sustenta-se que o princípio da insignificância está implicitamente proibido de ser aceito em sistemas penais que expressamente criminalizem condutas menores.

No Brasil, por exemplo, a legislação prevê figuras privilegiadas ou com causas de diminuição de pena, como o furto de coisa de pequeno valor (art. 155, § 2º do CP), o estelionato onde é pequeno o prejuízo à vítima (art. 171, § 1 do CP), dentre outras. Ademais, encontra-se em vigor o estatuto das contravenções penais, que nada mais são do que infrações penais consideradas de menor gravidade pelo legislador.¹⁹⁸

Assim, nessas hipóteses, a interpretação restritiva dos respectivos dispositivos legais, com a consequente afirmação de atipicidade material das

¹⁹⁷ VITALE, Gustavo L. Princípio da insignificância y error. In: GOMES, Luiz Flávio. **Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato**. Revista dos Tribunais, v. 90, n. 789, julh/2001, p. 450.

¹⁹⁸ Idem, op. cit. , p. 450.

condutas, significaria aplicação da analogia *contra legem*, violadora, portanto, do princípio da legalidade penal.¹⁹⁹

Maurício Antonio Ribeiro Lopes, esclarece que trata-se, obviamente, de conclusão equivocada, pois nada impede que, feita a valoração normativa da ofensa, nos moldes anteriormente sugeridos, o intérprete reconheça que, de tão ínfima, não subsume sequer aos tipos privilegiados e contravencionais.²⁰⁰

Como já foi explicitado, com a Constituição Federal de 1988, introduziu-se no ordenamento jurídico as chamadas infrações de menor potencial ofensivo, previstas no art. 98, I, que prevê a criação de juizados especiais criminais para o julgamento de tais infrações, o que veio a culminar na Lei nº. 9099/95 e posteriormente em âmbito federal na Lei nº. 10259/01.

A expressão escolhida pelo legislador constituinte revela-se extremamente infeliz. Pois, se a infração é de menor potencial ofensivo, não deveria ter interferência penal. De acordo com os princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal, este só cabe intervir nas hipóteses em que a vida em sociedade é atingida de maneira intolerável e grave, onde não caiba qualquer outra forma de solucionar o fato senão com a sanção penal. Não lhe cabe cuidar, portanto, de pequenas ofensas aos bens jurídicos.

De qualquer forma, a previsão dessas infrações de menor potencial ofensivo e de outras figuras privilegiadas, não obstaculiza a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista que mesmo nestas situações de pequena gravidade pode a valoração normativa da ofensa ser tão ínfima que excluem desde logo a tipicidade penal.

Por conseguinte, não há óbice, mesmo nos juizados informais, para que o representante do Ministério Público e o Juiz de Direito considerem a insignificância penal do fato, reconhecendo-o materialmente atípico.²⁰¹

Concluindo, ao legislar sobre estes tipos privilegiados, contravenções penais e infrações de menor potencial ofensivo teve-se em mente apenas uma forma mais

¹⁹⁹ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 62.

²⁰⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 179.

²⁰¹ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63.

célere de se atingir o judiciário devido a menor gravidade do fato, que existe; diferentemente da configuração da bagatelaridade da conduta (que desde o início já não é crime) por falta de tipicidade material. No entanto, se na suposta ocorrência de tipo privilegiado, infração de menor potencial ofensivo ou contravenção, se verificar que nem nestas hipóteses se enquadrariam de tão ínfima (ou nula) que é a ofensividade, deve ser aplicado o princípio da insignificância.

Assim, o preceito constitucional confere validade ao princípio da insignificância, pois não afirma que se deva criminalizar delitos de bagatela, mas apenas estabelecer uma diretriz destinada a regular o processo e julgamento desses crimes menores.

5.2.3 Ausência de previsão legal e segurança jurídica

Como já foi ressaltado, excetuados os casos previstos no Código Penal Militar, o princípio da insignificância não encontra previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Por esse motivo, em que pesem todos os argumentos favoráveis à aplicação do princípio, alguns doutrinadores e parte da jurisprudência ainda continuam sustentando a não aplicação do princípio em estudo, caracterizando dessa forma um retrocesso na dogmática penal. Para exemplificar, cita-se o seguinte julgado:

A adoção do princípio da insignificância vulnera o princípio da legalidade e da isonomia expressos na Constituição Federal, e, por isso, inadmissível o seu reconhecimento.(TJPR, Ac. 10.497, 1ª câmara Criminal, Rel. Dês. Osiris Fontoura, j. 19.3.98).

Nota-se, assim, que alguns operadores do direito continuam seguindo as idéias formalistas, legalistas, ou seja, não se aplica o princípio posto que, não está incorporado no ordenamento jurídico.

Segundo Paulo César Piva essa pretensão encontra-se superada diante da meteórica evolução dogmática com base em ilações de ordem político-criminal,

que tem por objetivo maior a solução de situações injustas provenientes do abismo que paira entre a conduta e a pena aplicável ao fato típico.²⁰²

Explica Ribeiro Lopes que essa construção doutrinária busca seus fundamentos em dados não contestáveis da estrutura do direito penal, como seu caráter subsidiário e fragmentário. De tal forma, poder-se-ia afirmar que o princípio da insignificância, menos do que uma construção, é uma decorrência do próprio modelo do direito penal, pois também se fundamenta no princípio da proporcionalidade, que deve servir de guia à intervenção penal em um Estado Democrático de Direito.²⁰³

São diversas as hipóteses em que a doutrina elabora teorias sobre causas excludentes da criminalidade não previstas expressamente em lei. A norma escrita, como é sabido, não contém todo o direito, e a construção teórica de princípios, como o da insignificância, não fere o mandamento constitucional da legalidade ou da reserva legal.²⁰⁴ É o mesmo que se dá com as chamadas causas supralegais de exclusão da ilicitude, como por exemplo, o consentimento do ofendido. Embora nosso estatuto penal a elas não se refira, não é possível ao intérprete afirmar o caráter exaustivo e taxativo das causas previstas no art. 23 do Código Penal.²⁰⁵

Conforme ensina Odone Sanguiné o princípio da insignificância nada mais é do que importante construção dogmática, com base em conclusões de ordem político-criminal, que procura solucionar situações de injustiças provenientes da falta de relação entre conduta reprovada e a pena aplicável.²⁰⁶

²⁰² PIVA, Paulo César. **Princípio da insignificância – excludente de ilicitude e tipicidade penal.** Revista dos Tribunais, ago/2000, nº 778, p. 500.

²⁰³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 173.

²⁰⁴ Idem, op. cit. , p. 173.

²⁰⁵ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994, p. 67.

²⁰⁶ SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 173.

5.2.4 Ausência de resposta jurídica

Alguns críticos vêem no princípio da insignificância uma ausência de resposta jurídica, um recuo do direito penal, sem qualquer compensação e com conseqüências incontroláveis.²⁰⁷

Tal temor, como menciona Carlos Vico Mañas, é fruto do desconhecimento do caráter subsidiário e fragmentário do direito penal.²⁰⁸

Ao contrário do que os críticos do princípio imaginam, não se propõe que condutas lesivas de pouca relevância passem a ser consideradas lícitas. Pelo contrário, a idéia é retirá-las da área de influência do Direito Penal, transferindo a solução do problema para outro ramo do ordenamento jurídico ou mesmo outros ramos de controle social.

Segundo Vico Mañas, a medida traz inúmeras vantagens de ordem político-criminal. Evita-se, por exemplo, que, em determinados casos, os custos sociais decorrentes da manutenção da incriminação e da conseqüente necessidade de sua persecução penal resultem superiores aos eventuais benefícios para a coletividade. Além disso, restringindo a competência da justiça criminal, com eliminação da sobrecarga de trabalho representada pelo excessivo número de casos relativos a delitos de bagatela, é possível obter efetiva tutela jurisdicional em relação aos casos graves.²⁰⁹

Lembra, Diomar Ackel Filho que, na prática, operam diversos critérios informais de descriminalização da pequena delinqüência. Muitos fatos acabam por não serem levados ao conhecimento da polícia, o que se costuma denominar de criminalidade oculta. As vítimas, por seu turno, mostram-se, por vezes, mais interessadas na reparação dos danos sofridos do que na eventual aplicação da sanção criminal. O Judiciário, ainda que sob outra roupagem, sempre efetuou o trabalho de descriminalização interpretativa nos casos de pouca relevância, afirmando duvidoso o elemento subjetivo tido como fundamental em determinados casos ou considerando insuficiente o quadro probatório para a condenação. Na

²⁰⁷ SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**, Fascículos de Ciências Penais, v. 3, nº 1, p. 48.

²⁰⁸ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 68.

²⁰⁹ Idem, op. cit. , p. 68.

realidade, o que se faz é desconsiderar, embora sob justificativa diversa e indevida, aquilo que, por sua insignificância, revela-se indiferente para o direito penal.²¹⁰

Sob o enfoque criminológico, o temor da ausência de tutela jurídica mostra-se injustificável. Segundo Jorge Figueiredo Dias e Manoel Costa Andrade, os autores de pequenos furtos em supermercados e lojas de departamentos, por exemplo, são pessoas que normalmente não cometem outros crimes, inexistindo razão para submetê-los à experiência traumatizante do sistema penal.²¹¹ Nestes casos, a aplicação de pena criminal não redundava em qualquer benefício para a sociedade ou para o autor da infração.

A doutrina aponta como solução a descriminalização por meio da conversão da criminalidade de bagatela em infrações administrativas, puníveis apenas com multa de caráter disciplinar. Este posicionamento, segundo Maurício Antonio Ribeiro Lopes, trata de descriminalização, mas não de desjuridicização, de molde a simplesmente operar uma “re-tipificação”²¹² administrativa da conduta, permanecendo no mesmo sistema jurídico, mas merecendo sanção de outra índole.²¹³

Na Alemanha, por exemplo, todo direito penal de escassa importância e que não tenha sido derogado foi convertido em direito administrativo. O novo ordenamento, como era de se esperar, comprovou a sua eficácia: a prevenção geral restou suficientemente assegurada mediante a imposição de multas e, ao infrator, são mostrados claramente quais são os limites de sua liberdade. Ademais, a justiça

²¹⁰ ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**, Revista de Jurisprudência Criminal do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. v. 94, abr-jun/98, p. 73-74.

²¹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge e COSTA ANDRADE, Manoel. Criminologia. In: VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 69.

²¹² Sustenta o autor, que tal re-tipificação, das condutas insignificantes, apresenta muitos inconvenientes. Um dos problemas mais graves diz respeito ao princípio da separação dos poderes, pois haveria um inequívoco enfraquecimento do Poder Judiciário com a transferência de maiores atribuições ao Poder Executivo. Pondera que há Estados onde as sanções administrativas têm constituído território favorito do arbítrio, com punições de extrema gravidade, ou então, onde os ilícitos administrativos têm claras projeções políticas. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 182.

²¹³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 180.

criminal é desafogada e o processo administrativo corre de forma mais fluente e menos burocrática. Mantém sistemas semelhantes Itália e a Suíça.²¹⁴

Ribeiro Lopes menciona que outra alternativa seria o emprego do chamado critério da necessidade social.²¹⁵ Sendo o fundamento básico de atuação do direito penal a proteção dos bens mais valiosos da sociedade, confirmando a natureza fragmentária e subsidiária da tutela penal, a intervenção estatal só se admite como última *ratio* da política social.

Nesse contexto, o legislador deve ter como ponto de partida para incidência das normas penais às condutas humanas o critério de necessidade social. Explica o professor que este se manifesta em duplo sentido: primeiro, observando-se a coincidência entre a necessidade momentânea, à época do delito, e a necessidade permanente, cuja salvaguarda encontra-se no reconhecimento constitucional do bem tutelado. O segundo sentido seria a correspondência entre o espírito proibitivo e a exata noção reprovatória do fato, através da pena atribuída.²¹⁶

Assim, ausente o critério da necessidade permanente, o fato era alheio ao interesse penal. Faltando o critério da necessidade momentânea, o fato deve ser tido como justificável por causa excludente de um dos elementos do crime. Ausente o critério da necessidade da pena, tem-se o fato como merecedor de indulgência do Magistrado.²¹⁷

Com a adoção de medidas dessa natureza, não se pode falar em ausência de direito ou de tutela jurídica, mas apenas em utilização de outros instrumentos de controle social no trato da questão das pequenas infrações, preservando-se o direito penal para a tutela de valores sociais relevantes. É uma tarefa, em última análise que o princípio da insignificância pretende colaborar.²¹⁸

²¹⁴ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 70.

²¹⁵ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 182.

²¹⁶ Idem, op. cit. , p. 182.

²¹⁷ Idem, op. cit. , p. 182.

²¹⁸ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 70.

5.2.5 Dificuldade de valoração da ofensa nos delitos imateriais

Para alguns juristas, entre os quais Heinz Zipf²¹⁹, a aplicabilidade do princípio da insignificância circunscreve-se ao âmbito dos crimes materiais, de forma que somente quando pudesse apurar-se a insignificância do resultado material da conduta é que o princípio teria cabimento, não sendo cabível nos crimes imateriais.

A verdade dessa posição está na dificuldade própria de avaliar os resultados em crimes não materiais (como é difícil avaliar o grau em que um sujeito foi injuriado). Contudo, ocorre que, como ensina Vico Mañas, é no potencial ofensivo da conduta que os crimes imateriais encontram a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

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

Desta feita, recentemente, o E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo aplicou, com acerto, o princípio da insignificância em processo relativo a crimes contra a honra (injúria e difamação), concluindo que:

Os fatos atribuídos pelo querelado ao querelante, em anotações constantes de livros de sugestões e reclamações, são classificáveis como meras "traquinagens", fatos corriqueiros, que não podem ser elevados à categoria de ofensivos à reputação do querelante.

Assim, por exemplo, se a ação aparentemente injuriosa do sujeito quase não tem possibilidade de ofender a honra de quem quer que seja, a conduta deverá ser declarada insignificante.

²¹⁹ ZIPF, Heinz. Introducción a la política criminal, p.104. In: VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 65.

CONCLUSÃO

De tudo quanto foi dito e exposto cabe fazer as seguintes conclusões:

Conclusão 1: O direito penal possui princípios que têm uma função essencial que é a da garantia do cidadão em um Estado Democrático de Direito.

Os princípios mais relacionados com o princípio da insignificância são os seguintes: princípio da legalidade (não há crime, nem há pena sem a prévia cominação legal), da fragmentariedade (o Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes), da subsidiariedade (o Direito Penal só deve atuar quando outros ramos do Direito se revelarem ausentes, ineficazes, deve ser a *ultima ratio* do sistema jurídico), da intervenção mínima (o Direito Penal só deve atuar na defesa de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma), da lesividade (não há crime sem ofensa ou lesão ao bem jurídico), da proporcionalidade da pena (nos casos de ínfima afetação ao bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *pathos* ético da pena, ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato), da humanidade (não aplicar penas que atinjam a dignidade da pessoa humana) e o da culpabilidade (a responsabilização penal é subjetiva).

Conclusão 2: Para que uma conduta seja considerada típica, não deve apenas ajustar-se formalmente ao tipo legal de delito, mero fenômeno de subsunção do fato à norma, faz-se necessário que seja materialmente ofensiva a bens jurídicos. Destarte, já não basta para a configuração da tipicidade um mero juízo lógico formal de subsunção do comportamento humano ao modelo descritivo legal, afinal, é cediço que o tipo penal, consoante atual política criminal, também é dotado de cunho valorativo. Assim, para que uma conduta seja tida como típica (tipicidade penal) não basta adequar-se ao tipo legal (tipicidade formal), mas que também seja

típica conglobadamente (tipicidade material), ou seja, que a conduta além de típica legalmente, seja antinormativa e afete ou ponha em risco um bem jurídico penalmente tutelado.

Conclusão 3: A função da tipicidade material é a de reduzir à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando de fora da esfera penal, condutas que somente se adequam à tipicidade legal, mas que de longe não devem ser alcançadas pelo tipo penal, posto que não são antinormativas nem afetam ou põe em risco o bem jurídico penalmente tutelado, isto é, não são típicas penalmente (tipicidade legal – formal mais, tipicidade material – conglobante).

Dessa forma, a imperfeição do trabalho legislativo faz com que passem a ser consideradas formalmente típicas condutas que na verdade deveriam estar excluídas do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal. O legislador ao realizar o trabalho de redação do tipo penal pretende, certamente, somente incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, entretanto, não tem como impedir que entrem em seu âmbito casos leves, bagatelas. É onde entra o princípio da insignificância, que atua como instrumento de interpretação restritiva dos tipos penais, atuando como um corretivo da tipicidade legal.

Conclusão 4: O bem jurídico ocupa um papel central no âmbito de incidência do princípio da insignificância, tendo em vista que, apesar do Direito ser muito mais que uma lesão a um bem jurídico, esta lesão (ou perigo de lesão) é indispensável para configurar a tipicidade, portanto, ele é a chave que dá sentido e fundamento à norma penal.

Conclusão 5: O princípio da insignificância é princípio porque determina a validade da lei penal diante de seus métodos de aplicação ordinários, exigindo que para que haja a incidência da lei penal, deve haver um resultado significativo para legitimá-la.

Conclusão 6: Pode-se conceituar o princípio da insignificância como uma importante construção dogmática de ordem político-criminal, que procura solucionar situações de injustiça provenientes da falta de proporção entre o resultado da conduta e a pena aplicável. É um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, fundado na concepção material da tipicidade.

Conclusão 7: Quanto à sua origem, não se pode falar em marcos temporais precisos capazes de identificar “a primeira” forma de referência ao princípio, o que há são várias posturas judiciais que buscam sua aplicação. Isto porque, o princípio da insignificância não deriva apenas da interpretação da lei, mas da interpretação ética da realidade concreta.

No entanto, modernamente atribui-se a Claus Roxin a primeira menção ao princípio da insignificância (*Geringfügigkeitsprinzip*), em 1964, na Alemanha, como princípio de validade geral para a determinação do injusto.

Conclusão 8: O princípio da insignificância é diferente do princípio da irrelevância penal do fato, pois apesar de ambos serem atinentes às infrações bagatelares, o primeiro exclui a tipicidade do fato por ser este atípico materialmente, o segundo, provoca apenas a dispensa de pena, em razão de sua desnecessidade no caso concreto, mas o fato é típico. O fundamento legal do princípio da irrelevância penal do fato está no artigo 59 do CP, já o princípio da insignificância, salvo raras exceções como no Código Penal Militar, não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Conclusão 9: No que tange ao crime de bagatela há quem faça distinção entre este e o princípio da insignificância, e há que diga que criminalidade de bagatela é gênero do qual o princípio da insignificância é apenas uma espécie. De acordo com o primeiro posicionamento bagatela significa ninharia, coisa de pouca importância, mas onde há crime, ao contrário da insignificância, onde não há qualquer importância, e assim, não há crime, por falta de tipicidade material. Para os adeptos da segunda posição, o princípio da insignificância não se confunde com o

delito de bagatela, pois ao se falar em princípio da insignificância, estaremos nos referindo necessariamente, a um crime de bagatela. Entretanto, o inverso não procede, pois, uma infração bagatelar pode não ser punida em razão do princípio da irrelevância penal do fato, e não necessariamente em razão do princípio da insignificância.

Conclusão 10: Não há o que se confundir entre infração bagatelar e infração de menor potencial ofensivo. A primeira não é punível, seja em virtude do princípio da irrelevância penal do fato (causa de dispensa de pena), seja por força do princípio da insignificância (causa de exclusão da tipicidade).²²⁰ As infrações de menor potencial ofensivo, por sua vez, são todas as contravenções e os crimes cuja pena máxima não seja superior a 02 anos (artigo 61 da Lei 9.099/95, c/c art. 2º, parágrafo único da Lei 10.259/02).

Desse modo, muito embora as infrações de menor potencial ofensivo se caracterizem por uma relevância diminuta, ao atingirem o bem jurídico tutelado, o fazem de modo considerado reprovável pela sociedade, sendo, então, de competência dos Juizados Especiais. Por seu turno, os crimes de bagatela, caracterizam-se por uma reprovabilidade social inexpressiva ou nula, irrelevantes para o juízo de censura penal.

Conclusão 11: À autoridade policial não cabe arquivar autos de inquérito policial com base no princípio da insignificância. O arquivamento cabe tão somente ao Juiz ou ao Ministério Público. No entanto, caso o membro do *parquet* insista em oferecer denúncia num caso bagatelar, deve o juiz rejeitá-la. Não o fazendo, cabe *habeas corpus* para extinguir a relação jurídica processual, por falta de justa causa já que se trata de fato atípico.

²²⁰ A posição aqui adotada é a de que o princípio da insignificância não difere do crime de bagatela, e sim que junto com o princípio da irrelevância penal do fato é sua espécie.

Conclusão 12: A natureza jurídica do mencionado princípio é a de um instrumento de exclusão da tipicidade no Direito Penal, tendo em vista, que a mínima ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado não constitui fato materialmente típico.

Conclusão 13: O princípio da insignificância se distingue da adequação social de Welzel, pois enquanto esta supõe a aprovação social da conduta devido serem essas aceitas e normais, aquele comporta apenas uma relativa tolerância por sua escassa gravidade.

Conclusão 14: Quanto à hipótese de incidência do princípio da insignificância grande controvérsia há na doutrina, mas o critério de *nocividade social* de Roxin é o que parece ser o mais prudente. Destarte, o princípio incidirá sempre que haja uma irrelevância no desvalor da ação e do resultado do fato, pois não há como o direito penal desvalorar parcialmente, posto que o resultado, aqui considerado, é sempre de uma conduta e não de uma mutação física. Sendo completamente arbitrário pretender separar desvalor da ação e desvalor do resultado.

Conclusão 15: Nenhuma crítica ao princípio da insignificância prospera. A objeção da indeterminação conceitual e da dificuldade de valoração da ofensa nos crimes imateriais é facilmente afastada pelo critério do desvalor da ação e do resultado, como até mesmo pelo critério do potencial ofensivo da conduta²²¹ (pois uma conduta que potencialmente não é lesiva, não gerará um resultado lesivo). Já, no que diz respeito ao problema da matéria insignificante, resta dizer que é o sentido material da norma que define este aspecto, pois, se a conduta aparentemente delitiva não fere o aspecto material da tipicidade, o fato é insignificante. A agressão do bem (desvalor do resultado), proveniente de uma conduta desvalorada, é considerada como requisito implícito do crime, em ausência do qual não há que se falar em pena, e muito menos de crime, pela falta de tipicidade material que exige essa afetação.

²²¹ Perfeitamente compatível com a posição de Vico Manãs. Vide citação p. 88.

A argumentação da incompatibilidade com sistemas penais que prevêem tipos penais privilegiados, contravenções e infrações de menor potencial ofensivo também não tem procedência, nada impede que se reconheça que a ofensa ao bem jurídico de tão ínfima, não se subsuma sequer a essas hipóteses.

A crítica da ausência de previsão legal em nada convence, posto que são diversas as hipóteses em que a doutrina elabora, cria soluções hipotéticas por meio de teorias não previstas expressamente em lei. A norma escrita, não contém todo o Direito.

Aos que alegam que a adoção do referido princípio traria a ausência de uma resposta jurídica, é fruto dos que desconhecem o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal.

Conforme bem elucida o professor Juarez Cirino dos Santos: “A relação *custo/benefício* da equação *crime/pena* indica que a pena criminal como *troca jurídica* do crime medida em tempo de liberdade suprimida, constitui investimento deficitário da comunidade, segundo a moderna Criminologia²²².”

Há muito que se pensar na função do Direito Penal e da missão ressocializadora da pena privativa de liberdade, pois o que atualmente se observa é que apenas os integrantes das classes menos favorecidas são atingidos com a imposição da pena privativa de liberdade. O discurso igualitário tem validade meramente formal, não resistindo a uma análise material da questão.

Em face disso, o princípio da insignificância serve como um dos mecanismos da moderna criminologia, ou seja, de um direito penal mínimo, intervindo apenas como a *ultima ratio* do sistema, quando o conteúdo do injusto seja realmente relevante para a incidência da tutela jurídico-penal.

²²² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pág.28.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**. In: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: Fiúza Editores. v. 94, p. 72-77, abr – jun/1988.

ABREU, Fernando Ferreira. **Dignidade da pessoa humana e o delito de furto de energia elétrica**. In: Revista dos Tribunais, ano 92, maio de 2003, vol. 811.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 7 ed. São Paulo: Ícone editora, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 3 ed. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1984.

BITTENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**, vol. 1, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRITO NOGUEIRA, Fernando Célio de. **Os miseráveis e o princípio da insignificância**. In: Boletim IBCCRIM, nº 16, ano 10, jul/2002, p. 7.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

CARTAXO JUNIOR, Rubens. **Uma reflexão sobre o princípio da insignificância no direito penal**. In: Revista Jurídica Consulex, ano VI, nº 142, de 15 de dezembro de 2002.

CELIDONIO, Celso. **O princípio da insignificância**. Revista de Direito Militar, v. 3, nº 16, mar-abr/99.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Eliminação do sistema penal ou descriminalização**. In: Revista de Direito Militar, n° 16, v. 3, março/abril 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GARCETE, Carlos Alberto. **O princípio da insignificância**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 90, n° 789, p. 482 – 487, jul/2001.

GOMES, Luiz Flávio. Delito de Bagatela: **Princípios da insignificância e da irrelevância do fato**. In: Revista dos Tribunais, v. 90, n° 789, jul/2001.

GRECO, Rogério. **Direito Penal**. Belo Horizonte: Gráfica e Editora Cultura, 1998, v. 1.

HASSEMER, Wilfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 2, n° 8, out/dez 1994.

JESUS, Damásio E. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1998.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: Análise à luz da lei n° 9.099/95 (juizados especiais criminais), lei n° 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____ **Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais**. In: Revista dos Tribunais, v. 89, n°. 779, set/2000.

LUISI, Luiz. **O princípio da insignificância e o pretório excelso**. In: Boletim IBCcrim n° 63, ano 6, fev/98.

_____ **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1987.

MACHADO, Luiz Alberto. **Uma visão material do tipo**. Curitiba: Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Paraná, 1975.

MACIEIRA, Ricardo Felipe R., **Princípio da insignificância**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 4, n. 15, jul/set 96.

MARQUES, Jader. **Rejeição da denúncia, princípio da insignificância e extinção da punibilidade**. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano III, n° 18, fev/março 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v. 2, 1 ed. Editora Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINEZ, Milton Cairoli. **Curso de derecho penal uruguayo**, 2 ed. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1990, t. 1.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MENDES, Carlos Alberto Pires. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade em casos de ínfima quantidade de droga apreendida** (art. 16 da Lei nº 6.368/76). In: Boletim IBCCRIM, nº 73, ano 6/1998.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

MUNÓZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1988.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVARES, Quintero. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Barcanova, 1981.

PIVA, Paulo César. **Princípio da Insignificância – excludente de ilicitude e tipicidade penal**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora RT, V. 89, nº 778, p. 489 – 502, ago/2000.

PIZA PELUSA, Vinícius de Toledo. **A objetividade do princípio da insignificância**. In: Boletim IBCCRIM, nº 109, ano 9, dez/2001.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Régis e BITENCOURT, César Roberto. **Princípios fundamentais de direito penal**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 4, nº 15, jul/set 96.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral. 3 ed. rev., atual. e ampl.- São PAULO: RT, 2002.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **A autoridade policial e o princípio da insignificância**. In: Boletim IBCCRIM, nº 25, ano 2, jan/95, p. 3.

RAMIREZ, Juan Bustos. **Manual de derecho penal**. 3ª ed., Barcelona, ed. Ariel, 1989.

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

ROCHA, Eduardo Carraro. **Tóxico: Porte de substância X Princípio da insignificância**. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, ano III, nº 17, dez/jan 2003, p. 25-30.

ROTH, Ronaldo João. **O princípio da insignificância e a polícia judiciária militar.** In: Revista de Direito Militar, n. 5, ano II, mai/jun 1997, v. 1.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____ **Problemas básicos del derecho penal.** Madrid: Editorial Reus, 1976.

_____ **Iniciación al derecho penal de hoy.** Trad. De: Francisco Muñoz Conde y Diego M. Luzón Peña. Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 1980.

SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância.** In: Fascículos de Ciências Penais, v. 3, n° 1.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

_____ **Direito Penal: parte geral.** Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____ **A criminologia radical.** 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SARTI, Amir José Finocchiano. **Jurisprudência criminal do Tribunal Regional Federal da Quarta Região.** Porto Alegre/RS, ano 12, n. 41, p. 73 a 85.

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

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

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

_____ **Manual de derecho penal: parte geral.** 6 ed. Buenos Aires: Ediar, 1997.