

Princípio da insignificância e atipicidade penal

Rangel Martino de Oliveira Paiva¹, rangel.direito@bol.com.br

1. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá, Juiz de Fora/MG; professor da Faculdade de Minas (FAMINAS), Muriaé/MG.

RESUMO: O presente estudo apresenta o princípio da insignificância como importante instrumento que exclui do âmbito de incidência das leis penais aquelas infrações consideradas como bagatelares, que não representam efetivamente lesão ou ameaça de lesão a bens juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: princípio, insignificância, Direito Penal.

RESUMEN: Principio de la insignificancia y de lo atípico en lo criminal. El presente trabajo presenta el principio de la insignificancia como importante instrumento que excluye del ámbito de la incidencia de las leyes penales aquellas infracciones consideradas como bagatelares, que no representan efectivamente lesión o amenaza de lesión a los bienes jurídicamente tutelados por la orden jurídica.

Palabras llaves: principio, insignificancia, Derecho Penal.

ABSTRACT: Principle of the insignificance and penal atypicality. The present study presents the principle of the insignificance as an important

instrument that excludes from the extent of incidence of the penal laws those infractions considered as extremely simple, which don't represent lesion or threat of lesion indeed juridically to goods protected by the juridical order.

Keywords: principle, insignificance, Penal Right.

Prolegômenos

Nenhum dos ramos da ciência jurídica pode prescindir de princípios para concretizar sua estrutura. Funcionam os princípios como supedâneo lógico para a base de qualquer instituto jurídico, tamanha é a sua importância. Como veremos, são ordenações que se irradiam e imitam os sistemas de normas; são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens.

O presente estudo pretende apresentar a insignificância como autêntico princípio informador do direito penal mínimo – inobstante as louváveis posições em sentido diverso –, destacando a sua natureza jurídica descriminalizadora, qual seja, a de princípio que exclui a tipicidade do fato pela ausência da tipicidade material.

A tipicidade, antes considerada apenas no seu aspecto formal, passa agora a ser analisada também no seu aspecto material, em que se evidencia a importância do bem jurídico a ponto de receber a tutela do Direito Penal. 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 objetos de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal (funciona a tipicidade material, no campo da moderna política criminal, como corretivo da tipicidade material).

Esta, pois, a finalidade do princípio e tema deste trabalho: o auxílio ao intérprete quando da análise do tipo penal, para excluir do âmbito de incidência das leis aquelas infrações consideradas como bagatelares, que não representam efetivamente lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico a ponto de merecer do Direito Penal a devida importância. A insignificância representa, assim, a idéia, simbólica e figurativa, de negativização do valor da coisa dentro do sistema legal; do total desprestígio de algum objeto que, teoricamente, seria amparado pelo direito positivo. Empresta, em última análise, um juízo transcendental à estrutura primária do tipo penal.

II – Origem do princípio

Muitos autores atribuem a origem do princípio da insignificância ao direito romano, em que o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante a máxima contida no brocardo *minima non curat pretor*.

Tal posicionamento, embora fundado, encontra alguma resistência na doutrina, eis que no direito romano o princípio servia para justificar menos a ausência de providências estatais na esfera penal do que no direito civil. O direito romano foi notadamente desenvolvido sob a ótica do direito privado e não do direito público. Existiria, assim, para os críticos deste posicionamento, no brocardo apresentado, menos que um princípio, um mero aforismo.

Uma outra corrente admite a origem fática do princípio na patrimonialidade. Surgiria, na Europa, como problema de índole geral e progressivamente crescente a partir da primeira guerra mundial. Ao terminar esta, e em maior medida ao final do segundo confronto bélico mundial, produziu-se, em virtude de circunstâncias socioeconômicas sobejamente conhecidas, um notável aumento de delitos de caráter patrimonial e econômico e, facilmente demonstrável pela própria devastação sofrida pelo continente, quase todos eles marcados pela característica singular de consistirem em subtrações de pequena relevância, daí a primeira nomenclatura doutrinária de criminalidade de bagatela.

Tal posição também não ficou imune a críticas. A patrimonialidade é um dado relativo ao pólo inicial de desenvolvimento do princípio da insignificância, jamais um momento de chegada. Tem-se pretendido revestir o princípio com um caráter exclusivamente econômico, como que se confundindo os conceitos de propriedade e de patrimônio, tendência contra a qual se insurge a mais abalizada doutrina. O *Bagatelledelikte* não é uma regra apêndice das normas de cunho patrimonial, mas como se pretende demonstrar, é um princípio de Direito Penal e como tal sujeito a influir, direcionar e determinar o conteúdo de todas as normas penais. É um juízo de valor social que deve ser projetado sobre todas as condutas definidas como crime, informando o Direito Penal com um conteúdo substantivo e apenas autorizando a sua incidência diante de uma avaliação positiva do grau de repercussão jurídico-social de que deve se revestir um fato para ingressar no terreno da incidência das normas penais.

Uma terceira posição preceitua que não se pode pretender estudar o princípio da insignificância descotejando-o do princípio da legalidade (funcionaria este como um princípio reitor, donde decorreriam os demais princípios). O princípio da legalidade em matéria penal – *nullum crimen nulla poena sine lege* – sofreu ao longo do tempo transformações que o caracterizaram na mais sólida

garantia conferida à liberdade individual dentro de um Estado de regime democrático. Essas transformações incluem a passagem do princípio com a formulação clássica para figuras adjetivadas, que foram moldando seu conteúdo numa orientação claramente restritiva dos desígnios criminalizadores.

Sendo assim surgiram, a partir do tronco do princípio da legalidade, outros dele derivados: o *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*; *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*; *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*; *nullum crimen nulla poena sine lege certa* e, ao longo da história, permeado de idas e voltas, foi sendo justificada a concepção do *nullum crimen nulla poena sine iuria*, ou seja, sem dano, sem causação de um mal que represente a gravidade esperada para incidência da pena criminal.

Estas, pois, as correntes que disputam o tratamento da gênese do princípio em estudo.

III – A insignificância como princípio

Antes de iniciarmos o estudo, mister se faz a compreensão do termo *princípio* para que possamos partir para a análise da insignificância como tal.

Princípios, objetivamente falando, são vetores que norteiam os fundamentos de uma ciência, burilando seus postulados e alicerçando as construções dela advindas. Celso Antônio Bandeira de Mello, em referencial obra, aduz:

Princípio é, por definição, 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 (2001).

Toda legislação positiva pressupõe sempre certos princípios gerais do direito que lhe darão sustentáculo. A procura de princípios básicos do Direito Penal exprime o esforço para, a um só tempo, caracterizá-lo e delimitá-lo. Tais princípios, por sua recepção na maioria dos ordenamentos jurídicos penais positivos contemporâneos, pela significação política de seu aparecimento histórico ou de sua função social e pela reconhecida importância de sua situação jurídica – condicionadora de derivações e efeitos relevantes – constituem um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas.

Inobstante tenhamos estabelecido a insignificância como princípio – e felizmente esta idéia hodiernamente tem alcançado maior amplitude –, a maioria da nossa doutrina não tratava do instituto desta maneira. Entre nós, os precursores deste entendimento – qual seja, o da insignificância como princípio autêntico – foram os eminentes mestres Carlos Vico Mañas (1994), Diomar Ackel Filho (1988) e Odone Sanguiné (1990, p. 36-59).

O princípio da insignificância decorre da concepção utilitarista que se vislumbra modernamente nas estruturas típicas do Direito Penal. No exato 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. Desta forma, o princípio exige a composição do tipo penal a ser preenchido não apenas por aspectos formais, mas, essencialmente, por elementos objetivos que levem à percepção da utilidade e da justiça de imposição de pena criminal ao agente. Sendo assim, o princípio está a emprestar um juízo transcendental a esta estrutura primária do tipo penal.

Por fim, implica dizer que o princípio da insignificância é princípio também porque determina, inspirado nos valores maiores do Estado Democrático – proteção da vida e liberdade humanas –, a validade da lei penal diante de seus métodos de aplicação ordinários, como que exigindo uma extraordinariedade fática para incidência da lei penal em sentido concreto, qual seja, um significado juridicamente relevante para legitimá-la.

IV – Conceito

O princípio da insignificância não conta com o reconhecimento normativo explícito do nosso Direito (salvo algumas exceções no CPM: art. 209, § 6º, por exemplo em caso de lesão levíssima, autoriza que o juiz considere o fato como mera infração disciplinar; art. 240, § 1º, para o furto insignificante etc.). Mas na jurisprudência, como se sabe, apesar de alguma aporia, ele é amplamente admitido (é inferido na exata proporção em que se aceitam limites para a interpretação constitucional e das leis em geral). É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes de Direito. Por outro lado, mercê da tônica conservadora do Direito, afeta seu grau de recepcionabilidade no mundo jurídico.

O primeiro intento legislativo para controle do princípio da insignificância e que pode ser visto no art. 98, I, da CRFB, ao invés de prestigiá-lo, elimina-o, criando uma competência jurisdicional específica para processo e

julgamento das infrações de menor potencial ofensivo. Isto não é e não pode ser visto como método de definição da insignificância. As infrações de menor potencial ofensivo são uma escala intermediária entre as de grande potencial ofensivo e as de nenhum potencial ofensivo. Sendo assim, nocivo é se confundir o princípio da insignificância com crimes de pouca significação. Pelo primeiro afasta-se a tipicidade do crime por ausência de seu elemento material, pelo segundo, busca-se uma alternativa processual mais célere, pela menor importância do crime (que existe).

Considerando que a criminalidade de bagatela situa-se exatamente no campo dessas lesões inofensivas, de pouca ou mínima significação, e que sua relevância para a justiça criminal consiste não apenas na carga excessiva provocada pelo *montón de minudencias* que impede a persecução de fatos puníveis graves, mas também numa atitude, cada vez mais lassa da população sobre o âmbito do punível, produzida inevitavelmente pelo emprego indiscriminado do Direito Penal, Diomar Ackel Filho, conceitua o princípio da insignificância como sendo

(...) aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta o juízo de censura penal (1988, p. 72-77).

Podemos inferir, por derradeiro, que o princípio relaciona-se com a gradação qualitativa e quantitativa do injusto, permitindo que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal.

V – Tipicidade formal e a moderna Teoria da Tipicidade Conglobante

5.1 – Generalidade sobre o tipo penal

Por imposição do princípio do *nullum crimen sine lege*, o legislador, quando quer impor ou proibir condutas sobre a ameaça de sanção, deve, obrigatoriamente, valer-se de uma lei. Quando a lei em sentido estrito descreve a conduta (comissiva ou omissiva) com o fim de proteger determinados bens cuja tutela se mostrou insuficiente pelos demais ramos do Direito – donde podemos evidenciar a natureza subsidiária do Direito Penal – surge o chamado tipo penal.

Tipo, como a própria denominação nos está a induzir, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, através de seu único instrumento (a lei), visa impedir que seja praticada, ou determina que seja levada a efeito por todos nós. A palavra tipo constitui uma tradução livre do vocábulo *tatbestand*, empregada no texto do artigo 59 do Código Penal alemão de 1871, e provinha da expressão latina *corpus delicti*. O tipo é, portanto, a descrição precisa do comportamento humano (que se quer proibir ou impor), feita pela lei penal. É também a *fattispecie*, o *fatto tipico* ou simplesmente o *fatto* do Direito Penal italiano.

Na precisa lição do mestre argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, em seu **Manual de Direito Penal brasileiro**, "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" (1999).

5.2 – Tipicidade formal

Como prescreve a nossa doutrina, o fato típico é composto pela *conduta*, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva do agente, de um *resultado*, bem como de um *nexo de causalidade* entre a conduta e o resultado. Mas isso não basta. É preciso que a conduta também se amolde, se subsuma a um modelo abstrato previsto na lei, que como vimos, é o tipo.

Tipicidade quer dizer, assim, a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (a um tipo penal incriminador); é a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei como delitos podem ser considerados como tal.

A adequação da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo) faz surgir o que chamamos de tipicidade formal ou legal. Essa adequação deve ser perfeita, pois, caso contrário, o fato será considerado formalmente atípico.

Quando afirmamos que só haverá tipicidade se existir uma adequação perfeita da conduta do agente ao modelo em abstrato previsto na lei penal, estamos querendo dizer que, por mais que seja parecida, a conduta levada a efeito pelo agente com aquela descrita no tipo penal, se não houver um encaixe perfeito, não se pode falar em tipicidade. Assim, a exemplo do artigo 155 do CP, aquele que simplesmente subtrai coisa alheia móvel não com o fim de tê-la para si ou para outrem, mas sim com a intenção de usá-la, não comete o

crime de furto, uma vez que no tipo penal em tela não existe a previsão dessa conduta, não sendo punível, portanto, o chamado furto de uso.

Rogério Greco, querendo didaticamente exemplificar a tipicidade formal, preleciona:

Figurativamente, poderíamos exemplificar a tipicidade formal valendo-nos daqueles brinquedos educativos que têm por finalidade ativar a coordenação motora das crianças. Para essas crianças haveria ‘tipicidade’ quando conseguissem colocar a figura do retângulo no lugar que lhe fora reservado no tabuleiro, da mesma forma sucedendo com a esfera, a estrela e o triângulo. Somente quando a figura móvel se adaptar ao local a ela destinado no tabuleiro é que se pode falar em tipicidade formal; caso contrário não (2006).

5.3 – Tipicidade conglobante

A postura de um juízo de tipicidade unicamente 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.

Modernamente, o conceito de simples acomodação do comportamento do agente ao tipo (como visto no item supra) não é suficiente para que possamos concluir pela tipicidade penal, uma vez que esta é formada pela conjugação da *tipicidade formal* (ou legal) com a *tipicidade conglobante* (que, segundo Zaffaroni (1999), funcionaria como “corretivo da tipicidade formal”). Para que possamos falar nesta última, é preciso que:

a) a conduta do agente seja antinormativa (contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela);

b) que haja *tipicidade material*, ou seja, que ocorra um critério material de seleção do bem a ser protegido. O estudo do princípio da insignificância reside nesta segunda vertente da tipicidade conglobante. Neste particular, notável é a síntese apresentada por Odone Sanguné, *apud* Maurício Antônio Ribeiro Lopes, sobre o conteúdo da tipicidade material ao dispor que:

[...] a tipicidade não se esgota na concordância lógico-formal (subsunção) do fato no tipo. A ação descrita tipicamente há de ser geralmente ofensiva ou perigosa a um bem

jurídico. O legislador toma em consideração modelos de vida que deseja castigar. Com essa finalidade, tenta compreender, conceitualmente, de maneira mais precisa, a situação vital típica. Embora visando alcançar um círculo limitado de situações, a tipificação falha ante a impossibilidade de regulação do caso concreto em face da infinita gama de possibilidades do acontecer humano. Por isso, a tipificação ocorre conceitualmente de forma absoluta para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão porque alcança também casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em realidade, deveriam permanecer fora do âmbito da proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo penal pretende, por certo, somente incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves. Para corrigir essa discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, parece importante utilizar-se o princípio da insignificância (2000).

5.3.1 – Tipicidade material

Sabemos que a finalidade do Direito Penal é a salvaguarda dos bens mais importantes existentes na sociedade. O princípio da intervenção mínima, que serve de norte ao legislador na escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal, determina que nem todo e qualquer bem é passível de ser por ele protegido, mas somente aqueles que gozem de uma certa importância. Nesta seleção de bens, o legislador abrigou, a fim de serem tutelados pelo Direito Penal, a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, a liberdade sexual etc.

Embora tenha feito a seleção dos bens que através de um critério político reputou como os de maior importância, não podia o legislador, quando da elaboração dos tipos penais incriminadores, descer a detalhes, cabendo ao intérprete delimitar o âmbito de sua abrangência. Referendando este entendimento, preceitua Carlos Vico Mañas:

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica

e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza fragmentária e subsidiária do direito penal (1994, p. 56).

Desta feita, como muito bem exemplifica o mestre Francisco de Assis Toledo, o dano do art. 163 do CP 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 art. 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; o peculato do art. 312 não pode consistir no desvio, pelo servidor público, de algumas poucas amostras de amêndoas; a calúnia, a difamação e a injúria dos arts. 138, 139 e 140, devem restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas sem consequências palpáveis, entre outros (2002, p. 133).

Nesse mesmo sentido, entendeu o ex-ministro do STJ, Luiz Vicente Cernicchiaro, acerca da insignificância:

[...] Os romanos, com a sensibilidade jurídica sentida ainda hoje, anunciaram o aforismo *de minimis non curat praetor*. Com efeito, as coisas insignificantes não devem ser consideradas. Modernamente, esse pensamento projeta-se, na doutrina, através da teoria da insignificância. Haveria razão, interesse qualificado para punir-se exemplificativamente a manicure que, no cortar a cutícula, ferisse ligeiramente a mão da cliente? O mesmo se a cabeleireira, ao secar os cabelos de uma senhora, superficialmente queimá-los ou provocar ligeira lesão corporal? No mesmo sentido, punir a título de furto alguém que, sem autorização do proprietário, retirasse um palito da caixa de fósforos alheia, para acender cigarro? Fisicamente, sem dúvida, houve resultado. Lesão corporal, nos dois primeiros exemplos, e diminuição do patrimônio

+

no último. Normativamente, contudo, a conclusão é diversa, contrária, oposta. O Direito Penal só cuida de condutas que afetem significativamente o bem jurídico protegido. Essa afirmação conduz, necessariamente, a afastar-se o resultado normativo. Em outras palavras, afeta o tipo. Conduz, por isso, à atipicidade da conduta. Tal concepção examina o tipo em sua estrutura material. Não se contenta em análise meramente formal¹ (destaque apostro).

Como pudemos perceber, a ausência de tipicidade material exclui a tipicidade conglobante e, por conseguinte, a tipicidade penal. A tipicidade penal seria resultante, portanto, da conjugação da tipicidade formal com a tipicidade conglobante (antinormatividade + atividades não fomentadas + *tipicidade material*). Elaborando um raciocínio lógico, chegaríamos à seguinte conclusão: se não há tipicidade material, não há tipicidade conglobante; por conseguinte, se não há tipicidade conglobante, não há tipicidade penal; se não há tipicidade penal, não há fato típico; e, por consequência lógica, se não há fato típico, não haverá crime.

VI – Algumas críticas apresentadas ao princípio da insignificância

6.1 – Argumento: todo e qualquer bem merece a tutela do Direito Penal

Existe uma corrente mais radical da doutrina que preceitua que todo e qualquer bem, desde que haja previsão legal para tanto, merece a proteção do Direito Penal, não se cogitando em qualquer caso do seu real valor. Fundado no movimento da Lei e Ordem, que atua dentro de um Direito Penal Máximo, este segmento da doutrina desconhece os absurdos que adviriam deste tipo de pensamento.

Ora, o formalismo puro e silogístico que informa a orientação contrária ao princípio da insignificância, às vezes, em Direito Penal, pode conduzir a injustiças, não propriamente no tocante à negação ou não reprovabilidade do comportamento do agente, mas em relação à teleologia da aplicação da pena,

1 V. julgamento do Resp 40.485-8/SP, 6ª T. do STJ, constante do volume 718/488 da RT.

cujos fundamentos primeiros ou genéticos e últimos – axiológicos – ultrapassam de muito a organização formal do sistema legal.

Imaginemos, hipoteticamente, uma situação em que “A”, com *animus furandi* e mediante destreza, tenha subtraído um único cigarro do bolso de trás da calça de “B”, um transeunte que caminhava pela calçada. Se adotarmos esta corrente extremista, que visualiza o Direito Penal como o remédio inibidor de todos os males da sociedade, “A” responderá pelo crime de furto qualificado em razão da destreza, cuja pena varia de *dois a oito anos, e multa*, nos termos do artigo 155, § 4º, II, do CP. Por óbvio que tal interpretação não encontra ressonância na razoabilidade, tampouco na finalidade precípua do Direito Penal, qual seja, a proteção dos bens de maior relevo na sociedade.

Como visto, o princípio da insignificância, introduzido por Claus Roxin, tem por finalidade auxiliar o intérprete quando da análise do tipo penal, para fazer excluir do âmbito de incidência das leis todas as infrações consideradas como *bagatelares*. Sendo assim, *premissa venia*, o entendimento desta corrente radical não merece prosperar.

6.2 – Argumento: insegurança legislativa

Na medida em que o princípio da insignificância não encontra previsão legislativa, sendo, pois, apenas criação doutrinária, muitos autores – e sobretudo algum segmento da jurisprudência – a ele se opõem alegando que seu reconhecimento contribui para a edificação de um estado de profunda insegurança jurídica.

Ora, 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 a conduta reprovada e a pena aplicável.

Essa construção doutrinária busca seus fundamentos em dados não contestáveis da estrutura do Direito Penal, como seu caráter subsidiário e fragmentário. Nesse sentido, poder-se-ia mesmo afirmar que o princípio da insignificância, menos do que uma construção, é uma decorrência do próprio modelo do Direito Penal, sem perder de vista também que se funda no princípio da proporcionalidade que deve guiar a intervenção penal no Estado Democrático de Direito.

Conquanto não positivado na lei escrita, o princípio da insignificância surge como recurso teleológico para integração semântica e política do Direito Penal. É sabido que a norma escrita não contém todo o Direito Penal e que a construção teórica de princípios, como o da insignificância, não fere o mandamento constitucional da reserva legal.

6.3 – Argumento: imprecisão terminológica e ausência de autonomia axiológica

Argumentam os críticos que não se consegue desvincular o princípio de uma conotação excessivamente política e ideológica, sendo campo de embate de diversas correntes de pensamento não necessariamente jurídicas e, sobretudo, jurídico-penais. Aduzem, ainda, que o princípio não está dotado de uma força motriz autônoma, não se funda em valores interiores que justifiquem por sua própria natureza sua importância no sistema, sendo mero apêndice do desvalor de resultados lesivos concretamente verificáveis.

Ambas as críticas são facilmente rechaçáveis. O princípio da insignificância, como visto, opera como limite tático da norma penal, isto é, a perceptibilidade da agressão ao bem é considerada como requisito implícito do crime, em ausência do qual, no caso concreto, a pena não se legitima sob o perfil substancial nem sob o perfil teleológico.

Ora, a definição do crime e, mais ainda, a cominação da pena correspondente, contém o traço inaugural do caráter político e ideológico que opera desde a escolha do bem jurídico, passa pelo processo de definição das condutas que o lesem ou periclitam, alcança o sistema punitivo abstrato e desemboca na execução material da pena. O princípio da insignificância apenas depura o rigor desse sistema, vale dizer, opera marginalmente na contenção dos excessos.

Ora, se não é razão motriz do Direito Penal, como pode ser conceitualmente indeterminado – e ainda que o fosse, qual a importância disso no interior do sistema?

Outrossim, pode-se afirmar que o princípio tem espaço de penetração em todas as categorias delitivas, e não apenas nos delitos materiais, sendo argumento suficiente, para demonstração disso, o entendimento da dimensão material que a sociedade exige na tutela dos bens jurídicos penalmente relevantes, como visto em tópico anterior.

Para tanto, pode ser usado o critério da nocividade social, que, segundo Roxin, dispõe de conteúdo próprio, sendo suscetível, portanto, de concreção material, não obstante todos os problemas a ele pertinentes.

Ademais, ao parâmetro da nocividade social, para precisar a global insignificância 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 direito penal. Deve-se considerar, ainda, uma antecipada medição de 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.

6.4 – Argumento: previsão legislativa residual

Sustenta-se que em sistemas penais que expressamente criminalizam algumas condutas imbuídas de um desvalor de resultado, o princípio da insignificância está implicitamente proibido de ser invocado. É o caso brasileiro, em que o CP prevê figuras privilegiadas ou com causa de diminuição de penas, v.g., o furto de coisa de pequeno valor (art. 155, § 2º), a apropriação indébita de coisa também de pequeno valor (art. 170), o estelionato cujo prejuízo da vítima é pequeno (art. 171, § 1º), entre outros. Ademais, encontra-se em vigor ainda – o que beira a incredulidade absoluta – o Decreto-Lei 3688/41 (Lei de Contravenções Penais), que nada mais é senão um vasto repertório de infrações penais reputadas de menor gravidade.

Os que assim acreditam equivocam-se, pois nada impede que, feita a valoração normativa da ofensa, nos moldes anteriormente sugeridos, o intérprete reconheça que, de tão ínfima, não se subsume sequer aos tipos privilegiados ou contravenacionais. De acordo com o princípio da intervenção mínima e as características da fragmentariedade e subsidiariedade, ao Direito Penal só cabe intervir nas hipóteses em que a vida em sociedade é atingida de maneira intolerável e grave. Não lhe cabe cuidar, portanto, de pequenas ofensas aos bens jurídicos.

6.5 – Argumento: ausência de resposta legislativa às lesões de direitos

Argumentam os críticos que a ausência de resposta estatal pode gerar o recurso à satisfação de um sentimento pessoal de justiça, o que quebraria a harmonia social.

Não nos parece acertado o argumento, posto que se está diante de uma lesão ou violação insignificante a um direito. Assim, no campo da proporcionalidade, a reação que poderia ser gerada por essa satisfação de um sentimento pessoal de justiça também resulta de despicienda importância. Se a intervenção do direito penal só se faz diante da ofensa a um bem jurídico, nem todos os bens jurídicos se colocam à tutela específica do Direito Penal. Do ângulo penalístico, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito da norma penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico em outras áreas extrapenais.

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

VII – Princípio da insignificância *versus* princípio da irrelevância penal do fato

Verifica-se, atualmente, a existência de uma corrente jurisprudencial que traça uma sutil distinção entre o princípio da insignificância e o da irrelevância penal do fato. Naquele, considera-se apenas o desvalor do resultado, é dizer, é suficiente (para a atipicidade) que o nível da lesão ao bem jurídico ou do perigo concreto verificado seja ínfimo; neste exige-se não só o desvalor do resultado, senão também o desvalor da ação bem como o desvalor da culpabilidade do agente.

Tal posicionamento determina que tais princípios seriam espécies do gênero *infração bagatelar*, não ocupando a mesma posição topográfica dentro do fato punível. O princípio da insignificância seria causa excludente da tipicidade do fato; o princípio da irrelevância penal do fato seria causa de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto).

Luiz Flávio Gomes, eminente doutrinador pátrio, concorda com a referida distinção, aduzindo em brilhante texto publicado no **Boletim IBCCRM**:

Uma coisa é o princípio da irrelevância penal do fato, que pretende a não aplicação da sanção penal, como cláusula geral, para um determinado grupo de infrações e, outra, muito distinta, é o princípio da insignificância *tout court*, que dogmaticamente autoriza excluir do tipo legal as ofensas (lesões ou perigo concreto) de mínima magnitude, ou seja, nímias. Se com relação ao primeiro são plenamente pertinentes inclusive considerações pessoais (culpabilidade, vida anterior, antecedentes criminais, ocasionalidade da infração, primariedade, restituição da *res* ou ressarcimento etc.), porque está em jogo a “necessidade” da pena (o fato é formal e substancialmente típico), com referência a o segundo esses critérios pessoais não têm nenhum sentido, porque o que interessa (para o fim da tipicidade ou atipicidade) é o fato objetivo praticado e não as tendências ou inclinações subjetivas do autor (especialmente porque o fato realmente insignificante é típico tão só na sua aparência, mas não materialmente).

[...] Enquanto o legislador não se definir sobre a questão com clareza (adotando o princípio da insignificância *tout court* ou o princípio da irrelevância penal do fato, ou, ainda,

ambos), é bem provável que a jurisprudência continuará oscilando (ora num, ora noutro sentido). E é natural, penso, que assim seja, porque, no fundo, no atual Direito Penal, há espaço para os dois princípios. Um ou outro, em cada caso concreto, pode servir de fundamento para o reconhecimento do delito de bagatela (leia-se: atipicidade ou da desnecessidade da pena) (2001, p. 3).

É bem verdade que na jurisprudência da nossa Suprema Corte já foi feita a referida distinção entre as duas “subespécies” de *infração bagatelar*: em 06.12.88, num caso de lesão corporal culposa (acidente de trânsito), pela primeira vez, com o nome de princípio da insignificância, o STF (RHC nº 66.869 – PR, relator min. Aldir Passarinho) o reconheceu e levou em conta o desvalor do resultado. Noutro julgado (HC nº 70.747 – RS, relator min. Francisco Resek, RTJ 159/199 e segs.) o colendo STF deixou de acatar o princípio da insignificância, embora o desvalor do resultado fosse mínimo, porque o acusado não reunia condições para isso. O resultado jurídico foi insignificante mas o fato (globalmente considerado) não foi admitido como penalmente irrelevante, porque o réu era reincidente (já condenado anteriormente por desacato e desobediência a policiais). No primeiro caso, foi suficiente o desvalor do resultado (resultado bagatelar); no segundo salientou-se que a lesão era bagatelar, mas o autor do fato não era bagatelar. Segundo a perspectiva dessa segunda decisão, só pode ser reconhecido o delito bagatelar quando o resultado, a ação e a culpabilidade (o autor) são bagatelares.

Malgrado a opinião de eminentes juristas de escol e de algumas (poucas) decisões de nossos tribunais para o reconhecimento da existência desta bipartição dos delitos chamados bagatelares, entendemos que tal posição não encontra guarida dentro do sistema penal e da própria *ratio* do princípio da insignificância.

A teoria geral do delito (ou sistema do fato punível), como produto do método dogmático jurídico-penal que, partindo da lei, ordenou e sistematizou todas as regras jurídicas que condicionam a responsabilidade penal, tem como finalidade básica e principal o estudo dos elementos do conceito de delito que, como diz Jescheck, *son comunes a todos los hechos punibles*.

Por outro lado, tal esforço dogmático tem uma vertente garantista, pois garante que todo o fato jurídico penalmente relevante vai ser objeto de uma rigorosa análise, bem como porque oferece segurança de que a lei sempre vai ser interpretada da mesma maneira, possibilitando, portanto, uma aplicação segura, calculável e racional do direito, contribuindo, de maneira essencial, na garantia da segurança jurídica. Assim, nos dizeres de Hassemer, a teoria geral

do delito vincula o juiz penal a uma ordem que tem que seguir na hora de comprovar a punibilidade de um comportamento humano, pois, ao contrário do leigo, inclinado a julgar o comportamento como um todo ou a dirigir a sua atenção rapidamente ao essencial, o penalista está obrigado a contrapor relações e analisá-las separadamente antes de julgar sua totalidade.

Por sua vez, os elementos do conceito geral do delito, nos dizeres de Jescheck:

[...] no permanecem desconectados entre sí (ordenación tópica), sino que se sitúan en una relación interna (ordenación sistemática) que se configura conforme a las leyes lógicas de la anteposición y la subordinación, la regla y la excepción. Este sistema debe ser tan completo, coherente y suficientemente diferenciado, que cada pieza pueda ser colocada en su correspondiente lugar (1993).

Desta forma, garante-se, ainda, a unidade de perspectiva valorativa, para que o sistema não fique cheio de contradições. Assim, a teoria geral do delito estruturou fundamentalmente o sistema do delito, mediante um método analítico, sobre três categorias básicas, estrutura esta conhecida como o sistema tripartido de von Liszt/Beling/Radbruch. Ante tal sistema, o delito é um ato típico, antijurídico e culpável, sendo, portanto, seus elementos a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Portanto, o juiz criminal, ao analisar um fato tido como criminoso, como acima mencionado, deve gradualmente comprovar se: a) há atuado uma pessoa; b) se esta ação é subsumível a um tipo penal; c) se ação jurídico-penal está excepcionalmente justificada; d) se ação antijurídica pode ser atribuída subjetivamente a uma pessoa determinada. Ainda no escólio do mestre Jescheck:

[...] esta definición tiene **carácter secuencial**, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a outra (de la tipicidad a la antijuridicidad, de la antijuridicidad a la culpabilidad, etc.), por lo que han de tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma. De esta manera, si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable ou punible. Cada una de estas categorías contiene, pues, a su vez, criterios valorativos propios com distinta transcendencia teórica y práctica” (destaques apostos) (1993).

Desta feita, verifica-se que o juiz criminal, ao analisar uma conduta sob a ótica do princípio da insignificância, e chegando à conclusão de que o ato praticado está abarcado pelas características objetivas deste princípio, vai considerar o fato como atípico, pois, como acima destacado, o princípio incide como excludente no elemento estrutural do delito da tipicidade. Atuando dessa maneira, ou seja, considerando o fato atípico, não pode o juiz utilizar-se de conteúdos específicos dos outros dois elementos estruturais do conceito de crime (antijuridicidade e culpabilidade), pois não estaria, portanto, obedecendo à ordenação sistemática, ao caráter seqüencial do sistema, à própria ordem estrutural do método analítico e do conceito, à lógica da anteposição e da subordinação, subvertendo, assim, todo o esforço garantístico da construção da teoria geral do delito, implicando na insegurança jurídica. De acordo com a lição fornecida por Hans Welzel,

a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior (2001).

A consideração pelo juiz dos elementos do desvalor da culpabilidade do agente, tais como a culpabilidade, conduta social, antecedentes, personalidade, motivos do crime etc, nos termos do art. 59 do CP, no momento da análise da aplicação do princípio da insignificância, nada mais é do que a subversão da ordenação sistemática e do caráter seqüencial da teoria geral do delito, eis que o conteúdo da culpabilidade está sendo valorado em momento e local inadequados, qual seja, a tipicidade. Portanto, pergunta-se: Como analisar o conteúdo da culpabilidade do agente, se a conduta sequer foi considerada típica?

Ante todo o exposto, chega-se à fácil conclusão de que o princípio da insignificância tem a natureza meramente objetiva, sendo erro procedimental grave a análise de elementos subjetivos, pertencentes à culpabilidade do agente – especificamente a primariedade –, no momento da valoração do referido princípio. Portanto, determinado que o fato é penalmente irrelevante (atípico), pouco importa, para o deslinde da questão, a personalidade do réu, inclusive porque, no momento da tipicidade, o Direito Penal é um direito do fato e não do autor, sendo, assim, indevida qualquer análise da personalidade do acusado.

VIII – Considerações finais

O princípio da insignificância decorre da concepção utilitarista que se vislumbra modernamente nas estruturas típicas do Direito Penal. No exato momento em que a doutrina evoluiu de um conceito formal a outro material de crime, adjetivando de significado lesivo à 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.

O Direito Penal, por seu caráter subsidiário, atua somente quando os demais ramos do Direito não se mostram eficazes o suficiente para a proteção dos bens considerados de maior importância, funcionando a pena como *ultima ratio* da política social. O Direito Penal (e seu conseqüente produto, o cárcere) é por demais cruel, não sendo razoável que disponha a alcançar condutas cujo continente envolva perigosidade nenhuma e valores desprezíveis à consciência coletiva. Ao revés, deve alcançar os bens mais preciosos à sociedade, reduzindo-se apenas a situações limites (mínimas, pois) quando os fatos são absolutamente graves e insuperados em outro campo de atuação.

A lei deve ser, nas mãos do seu aplicador, um instrumento de realização do bem social. O rigorismo da interpretação literal dos textos legais pode, muitas vezes, levar-nos a um divórcio da realidade, o que significa o primeiro passo para uma injustiça. O juiz há de sentenciar em face desse realismo, procurando ser de preferência justo, sem preconceitos doutrinários e sem se chumbar à letra fria da lei, muitas vezes velha para o presente, inobstante sábia para o tempo de sua promulgação. Nada de filigranas, de preciosismos, de bizantinismos, de considerações doutrinárias incompatíveis com o processo de franca transformação social que se opera com o visível determinismo. O jurista não pode se confinar num positivismo árido e seco e só o idealismo jurídico pode torná-lo realmente grande. Na mesma linha avançada, deve se portar a jurisprudência, que é fonte do direito, aperfeiçoando e humanizando a lei com vista a adequá-la à realidade social.

A tendência moderna é a de reduzir, ao máximo, a área de incidência do Direito Penal, tendo-se em vista o alto custo social que a pena apresenta: as lesões a bens jurídicos só podem ser submetidas à pena quando isso seja indispensável para a ordenada vida em comum.

O abuso da criminalização e da penalização – consectários da aplicação e reconhecimento de um Direito Penal Máximo –, ao contrário de se mostrarem como fator de convergência das aspirações sociais (como forma de controle eficiente da criminalidade, trazendo resposta legal séria e efetiva ao transgressor do sistema penal), pode levar ao total descrédito este mesmo siste-

ma, gerando a falência do caráter intimidativo da pena, com a conseqüente aniquilação do escopo de prevenção geral. Ora, pudemos compreender que o produto final do Direito Penal, o cárcere, é por demais severo e não se mostra eficaz no processo de ressocialização do infrator – ao contrário, como instituição total, necessariamente deforma a personalidade, ajustando-se à subcultura prisional.

Ademais, inconcebível é, na atualidade, movimentar-se a dispendiosa máquina judiciária por questões desprovidas de significação pela absoluta ausência de potencialidade ofensiva social ou econômica em detrimento de crimes verdadeiramente graves que chegam ao Poder Judiciário. Crimes estes nem sempre eficientemente perquiridos pelas varas, ocupadas com a instrução do irrelevante pela irremissão dos que, insensivelmente, descompassados com a realidade sócio-econômica da nação, apegados ao aforismo *dura lex sed lex*, insistem na aplicação pura e simples da legislação que, de regra, somente tem condições de atuar com eficiência na repressão aos desafortunados, revelando uma visível desigualdade de tratamento entre cidadãos portadores de iguais direitos individuais.

Muitos podem pensar ser o princípio da insignificância um vetor cuja força aponta sempre para uma proposta descarcerizadora, contrária à segregação do suposto infrator. Realmente o é, funcionando essa idéia, a nosso ver, como um dos pilares mais fortes de edificação deste princípio que informa o Direito Penal Mínimo.

Embora a insignificância ainda não tenha encontrado formulação positiva no ordenamento jurídico pátrio, forçoso é reconhecer que se trata de um princípio imanente. Por seus vínculos com outros postulados explícitos e com os fundamentos do Estado de Direito, se impõe ao legislador e, mesmo, ao intérprete. Reconhecer o princípio da insignificância é reconhecer um sentimento de justiça, e os sentimentos de justiça não podem ser banidos da teoria do direito nem de sua administração.

Referências bibliográficas

ACKEL FILHO, Diomar. Princípio da insignificância no direito penal. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo, v. 94, p. 72-77, abr.-jun. 1988.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. O Direito Penal Máximo. **Revista Cultural da Associação do Ministério Público Militar**, Rio de Janeiro: ACAP, v. 1, n.1, p. 35, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição federal, código penal, código de processo penal.** Luiz Flávio Gomes (Org.). 9. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Teoria e prática do Direito Alternativo.** Porto Alegre: Síntese, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** parte geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GOMES, LUIZ FLÁVIO. Delito de Bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 9, n. 102, p. 2-4, maio de 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. 1.

JESCHEK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal:** parte general. 4. ed. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal:** análise à luz das Leis 9099/95 (juizados especiais criminais), 9503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência atual. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 771.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 16 ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. 1.

PELUSO, Vinicius de Toledo Pisa. A objetividade do princípio da insignificância. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 9, n. 109, p.11-13, dezembro de 2001.

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

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre: Fabris, v. 3, n.1, p. 36-59, 1990.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luis Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.