

IDP - BIBLIOTECA

HENRIQUE MACHADO FERNANDES MOREIRA

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão de curso de pós-graduação *latu sensu*
em Direito Público no Instituto Brasiliense de
Direito Público.

BRASÍLIA

2004

17.08.461

IDP - BIBLIC ECA

Bm

341.5

m838p

R.008781/08

“A natureza está pronta para nos ajudar, desde que façamos a nossa parte.”

MAX FREEDOM LONG

Agradeço a Deus por me presentear com uma família ímpar e maravilhosa e, a esta, principalmente a minha mãe, pelo amor e dedicação inabaláveis.

Agradeço aos ilustres professores Gilmar Mendes Ferreira, Inocência Mártires de Oliveira e Paulo Gonet Branco pelo tratamento fraternal e pela constante preocupação com a qualidade do ensino.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. A INSIGNIFICÂNCIA COMO PRINCÍPIO NO DIREITO PENAL	10
2.1 Os Princípios na Ordem Jurídica	10
2.2 Princípios Básicos do Direito Penal	11
2.2.1 <i>Princípio da Legalidade</i>	11
2.2.2 <i>Princípios da Subsidiariedade e da Fragmentariedade</i>	12
2.3 Princípio da Insignificância	13
3. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	14
4. CONTEÚDO JURÍDICO DE INSIGNIFICÂNCIA	17
4.1 Pensamento de Claus Roxin	17
5. FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	20
5.1 Princípios Intervenção Mínima e da Proporcionalidade da Pena	20
6. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E MEIO DE PENETRAÇÃO NO SISTEMA PENAL	23
6.1 Tipicidade	23
6.2 Causalismo e Finalismo	24
6.3 Insignificância e Tipicidade	24
6.4 Posição Jurisprudencial	26

6.4.1 <i>Supremo Tribunal Federal (STF)</i>	26
6.4.2 <i>Superior Tribunal de Justiça (STJ)</i>	27
6.4.3 <i>Tribunais Regionais Federais (TRFs)</i>	28
7. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E OS JUIZADOS ESPECIAIS	30
8. CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	32
8.1 Ausência de Direito	32
8.2 Imprecisão Terminológica	33
8.3 Previsão Legislativa	34
9. CONCLUSÕES	36
BBBIBLIOGRAFIA	38

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo dissertar sobre o importante princípio orientador do Direito Penal Moderno no Brasil: o princípio da insignificância. Sua abrangência, conteúdo e aplicabilidade serão investigadas dentro da doutrina especializada e da jurisprudência pátria tendo sempre em mente a realidade social brasileira e os ideais de justiça, liberdade e igualdade.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo dissertar sobre o importante princípio orientador do Direito Penal Moderno no Brasil: o princípio da insignificância. Sua abrangência, conteúdo e aplicabilidade serão investigadas dentro da doutrina especializada e da jurisprudência pátria tendo sempre em mente a realidade social brasileira e os ideais de justiça, liberdade e igualdade.

Para tanto, dentro do tema proposto, se buscará inicialmente identificar o papel dos princípios no Direito e a inserção do princípio da insignificância como princípio do Direito Penal. Adiante, será feita breve dissertação sobre a origem histórica do princípio em exame e sobre seu conteúdo jurídico com base no pensamento de Claus Roxin, seu precursor. No capítulo seguinte, apontar-se-á os fundamentos de validade atuais do princípio da insignificância e sua decorrência necessária em face dos demais princípios jurídico-penais. Sua forma de penetração no Direito Penal, a tipicidade, será analisada em seguida, antecedendo a discussão que se trará acerca da compatibilidade dele com os juizados especiais. Sucintamente, também se procurará expor as diversas críticas que são feitas ao princípio em análise, pois pertinentes.

Ao final, da conjugação desses elementos, se ensaiarão breves linhas conclusivas, com uma abordagem que visará mais à síntese do conteúdo exposto do que propriamente ao inovador, ao inédito. Porém, em todos esses momentos, não se abdicará de uma visão crítica dos diversos entendimentos, quer sejam doutrinários ou jurisprudenciais.

Adverta-se, de antemão, os leitores do caráter limitado desta pesquisa, que de forma alguma visa esgotar o tema proposto, objetivando menos a glória pela imposição e edificação de posições pessoais, do que o estampar de tão relevante questão.

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

2.1 Os Princípios na Ordem Jurídica

Os princípios são considerados fundamentais para compreensão de qualquer ramo do direito. Carlos Ari Sundfeld, genericamente, afirma que os princípios constituem as idéias centrais de um determinado sistema jurídico. São eles que dão a esse sistema um sentido harmônico, racional e coerente.¹

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que princípio é “*o mandamento nuclear de um determinado sistema; é o alicerce do sistema jurídico; é aquela disposição fundamental que influencia e repercute sobre todas as demais normas do sistema.*”²

A análise dos princípios de qualquer ramo do Direito é de extrema importância prática pois permite a visualização global do sistema para melhor aplicação de suas regras.

São os princípios que exercem a função de organização destas regras existentes e, com isso, possibilitam soluções harmônicas com todo o ordenamento. Eles constituem as idéias centrais de um determinado sistema jurídico.

¹ *Fundamentos do Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1997 p. 137 *apud* Álvaro Luiz Valery Mirra, *Princípios Fundamentais do Direito Ambiental*, p. 51.

² *Elementos do Direito Administrativo*, p. 299-300

2.2 Princípios Básicos do Direito Penal

Dentre os diversos princípios aplicáveis ao Direito Penal e apontados pela doutrina, dois serão destacados neste trabalho: o princípio da legalidade e do da subsidiariedade.

2.2.1 Princípio da Legalidade

Trata-se de garantia constitucional fundamental do homem. Está expresso no artigo 1º do Código Penal: “*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”; e no inciso XXXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Fernando Capez³ lembra que o tipo exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade. O princípio contém uma regra – segundo a qual ninguém poderá ser punido pelo poder estatal, nem sofrer qualquer violação em seu direito de liberdade – e uma exceção, pela qual os indivíduos somente serão punidos se, e quando, vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis.

Reforçando o sentido político do princípio da legalidade afirma Gonzalo Rodrigues Mourullo⁴:

“A origem e o predominante sentido do princípio da legalidade foram fundamentalmente políticos, na medida em que, através da certeza jurídica própria do Estado de Direito, se cuidou de obter a segurança política do cidadão. Assim, Sax acentua que o princípio do nullum crimen nulla poena sine lege é consequência imediata da inviolabilidade da dignidade humana, e Arthur Kauffman o considera como um princípio

³ *Curso de Direito Penal: parte geral: volume 1. segunda edição.* São Paulo. Saraiva. Página 29.

⁴ *Princípio da legalidad, in Nueva encicloédia jurídica, v. 14, 1986, apud Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, 5. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p.26.*

concreto de Direito Natural que se impõe em virtude de sua própria evidência”.

De tal forma que somente haverá crime quando existir perfeita correspondência entre a conduta praticada e a previsão legal. Tal aspecto ganhou força com a teoria de BINDING, segundo a qual as normas penais incriminadoras não são proibitivas; portanto, quem pratica um crime não age contra a lei, mas de acordo com esta, pois os delitos encontram-se pormenorizadamente descritos em modelos legais, chamados tipos. Cabe, portanto, à lei a tarefa de definir e não proibir o crime, propiciando ao agente prévio e integral conhecimento das conseqüências penais da prática delituosa e evitando, assim, qualquer invasão arbitrária em seu direito de liberdade⁵.

2.2.2 Princípios da Subsidiariedade e da Fragmentariedade

O direito penal tem por escopo a proteção de bens jurídicos, como tal entendidos os “... 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”⁶.

Tal proteção é eminentemente *subsidiária*, vale dizer, a norma penal abarca aquelas situações em que a tutela de outros ramos do direito tenha se revelado insuficiente ou em que a lesão ou a exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresente certa gravidade.

O delito (ilícito penal), dessarte, não esgota as infinitas possibilidades do ilícito, pois somente os fatos ilícitos típicos são alcançados pela tutela penal. Daí porque se afirma possuir o direito penal caráter *fragmentário*, isto é, “... dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns - os mais graves - são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal”⁷.

⁵ CAPEZ, Fernando. Cit., p. 30-31.

⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 16.

⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 14-15.

A tutela da norma penal, por conseguinte, atinge certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão.

2.3 Princípio da Insignificância

Como decorrência dos princípios citados, surge o princípio da insignificância. A narrativa contida nos tipos penais visa à proteção de determinados bens jurídicos escolhidos pelo legislador. Se a lesão resultante da conduta praticada pelo indivíduo, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não é possível enquadrá-la no tipo penal, pois não houve agressão ao bem jurídico tutelado.

3. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

O princípio da insignificância, ou, de acordo com os doutrinadores alemães, a "criminalidade de bagatela" - *Bagatelledelikte*, surge de forma significativa na Europa, a partir deste século, devido às crises sociais decorrentes das duas grandes guerras mundiais. O excessivo desemprego e a falta de alimentos, dentre outros fatores, provocou um surto de pequenos furtos, subtrações de mínima relevância, que receberam a denominação "criminalidade de bagatela"⁸.

Como podemos constatar, essa origem fática reveste-se pelo caráter de patrimonialidade de seu destino, ou seja, a existência de um dano patrimonial mínimo, que não caracterize prejuízo considerável a outrem, é considerada uma bagatela, e, como bagatela, não carece dos rigores do direito penal.

Há quem afirme, que o princípio da insignificância tem sua origem histórica no direito romano, como sustenta Diomar Ackel Filho: "no tocante à origem, não se pode negar que o princípio já vigorava no direito romano, onde o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante a máxima contida no brocardo de *minimis non curat praetor*"⁹.

Contudo, convém registrarmos a posição de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, que nos é mais conveniente, a qual realiza uma crítica a essa origem histórica,

⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal - Análise à Luz da Lei n. 9.099/95 - Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência Atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 38.

⁹ ACKEL FILHO, Diomar. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal*. *Revista Jurisprudencial do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, p. 73, abr-Jun/1988.

devido à ausência de especificidade do princípio, que servia para justificar menos a ausência de providências estatais na esfera penal do que no direito civil. Afinal, os romanos tinham bem desenvolvido o direito civil, porém não tinham a mínima noção do princípio da legalidade penal. Logo, existe naquele brocardo romano apenas uma máxima e não um estudo mais calculado¹⁰. Com esse argumento, pretende o autor concluir que é precipitado creditar ao direito romano a origem histórica do princípio da insignificância, ficando este apenas com a origem fática do mesmo, que, como salientado, ocorreu ainda neste século, na Europa, mais notadamente na Alemanha.

O princípio da insignificância teve sua origem e evolução através dos tempos fortemente ligada ao princípio da legalidade, em matéria penal - *nullum crimen nulla poena sine lege* - passando por transformações que foram delineando o seu conteúdo, de forma a limitar-se aos desígnios criminalizadores.

É o que aponta Celso Celidônio¹¹:

“Verdadeiramente, levando-se em conta que o princípio tomaria forma mais adequada quando de seu relacionamento com o princípio da legalidade, foi no pós primeira grande guerra que surgiu a Europa, mais especificamente na Alemanha, como criminalidade de bagatela”.

A partir do movimento Iluminista, com a propagação do individualismo político e desenvolvimento do princípio da legalidade, vários autores jusnaturalistas e iluministas propuseram um estudo mais sistematizado do princípio da insignificância.

Com o advento da legalidade, *lege praevia*, reconheceu-se procedentes às idéias garantidoras dos princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei penal incriminadora e, adiante, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Para evitar-se a eleição consuetudinária de comportamentos penais típicos, criou-se a máxima *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*¹².

¹⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Op. cit., p. 37-38.

¹¹ CELIDÔNIO, Celso. *Princípio da Insignificância*. Revista Direito Militar. nº 16, Março/Abril, 1999.

¹² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Op. cit., p. 40.

Após, para complementar o princípio da legalidade, houve três desdobramentos que foram delineando seu conteúdo, a saber: *lege stricta*, com o intuito de evitar o uso da analogia na configuração dos delitos; *lege certa*, para proibir incriminações vagas e imprecisas e o *nullum crimen nulla poena sine iuria*, que pressupunha a necessidade da relevância do mal que justificasse a aplicação de pena¹³. Nessa "máxima" podemos observar, sem via de dúvida, a busca de evitar que as lesões insignificantes a bens jurídicos protegidos ensejem uma sanção penal.

Logo, o princípio da insignificância teve sua origem e evolução vinculada ao princípio da legalidade; todavia, somente obtendo uma maior importância dentro do universo jurídico a partir do século passado.

¹³ Vide Maurício Antônio Ribeiro Lopes. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Op. cit.

4. CONTEÚDO JURÍDICO DE INSIGNIFICÂNCIA

4.1 Pensamento de Claus Roxin

Em 1964 Roxin redescobriu o princípio da insignificância e de forma condizente com a posição científica que adotava passou a sustentar que nas infrações bagatelares não há necessidade de pena. Logo, não se trata de fato punível. Contribuiu para o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, para a construção da teoria da responsabilidade penal etc.

Sucintamente sua idéia central é a seguinte: a Dogmática penal já não pode ser indiferente em relação ao seu produto final, isto é, ao seu resultado ou mesmo aos valores que guiam o quadro constitucional (axiológico) vigente¹⁴. Desde 1970, com a obra de Roxin (*Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1972), já não se concebe a Dogmática penal distante da Política criminal.

Sobre o pensamento de Roxin, Luiz Flávio Gomes¹⁵ acredita que destaque especial deve merecer a revolução que causou seus ensinamentos a respeito das relações entre Política criminal e Direito penal. Essa separação resultou clara na doutrina de Von Liszt (final do século XIX). Descobriu-se, entretanto, finalmente, que a Dogmática tem que ser aberta, tem que atuar finalisticamente (em busca da realização de alguns valores, como o da justiça). O saber penal, desse modo, insere-se hoje com certeza no âmbito dos saberes práticos (leia-se: é algo que existe para a resolução racional de conflitos humanos).

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Palestra Claus Roxin no Brasil*

¹⁵ *Idem*.

Segundo o mesmo autor¹⁶, nenhuma consideração sobre valores era possível, porque valores pertencem ao subjetivo (leia-se: ao indemonstrável). O método dessa Dogmática clássica é o dedutivo. Dos textos legais extrai-se um conjunto (neutro, sistematizado, seguro, asséptico) de explicações para a ciência penal. Não se concebe nenhum contato entre o Direito penal e a Política criminal. O saber penal (puro, neutro) não pode ser contaminado pelos raciocínios valorativos típicos da Política criminal.

As características mais marcantes dessa Dogmática formalista e legalista foram, em suma: seu caráter abstrato (pouca preocupação com seus resultados), neutralidade axiológica (valorativa) e método dedutivo, isto é, da lei vigente (do direito positivo) extrai seu produto, sua forma de explicar o sistema, procurando dotá-lo de segurança e certeza.

A fim de evidenciar ainda mais o acerto da posição inovadora de Claus Roxin, Luiz Flávio Gomes apresenta diversos exemplos em que a solução dos conflitos através de uma perspectiva clássica se afastaria do ideal de justiça:

“(a) um beijo lascivo é crime hediondo? Quem interpreta a lei penal de forma literal diz (absurdamente!) sim e admite então para esse fato a pena de seis anos de reclusão, que é igual à do homicídio; quem busca a solução justa para cada caso concreto jamais dirá sim (esse beijo poderia no máximo constituir uma contravenção penal – art. 61, LCP: importunação ofensiva ao pudor);

(b) a Lei 10.259/01, que instituiu os juizados especiais criminais no âmbito federal, trouxe um novo limite para as infrações de menor potencial ofensivo (dois anos). Antes, no âmbito dos Estados, era de um ano. Pergunta-se: o novo limite de dois anos vale também para o âmbito estadual? O dogmático acrítico, abúlico, legalista, napoleônico e positivista diz não; o penalista constitucionalista, que tem no princípio da igualdade um dos valores mais essenciais da justiça, diz sim (porque o mesmo crime - desacato, por exemplo - não pode ter tratamento jurídico completamente distinto dentro do ordenamento jurídico: seria

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Palestra Claus Roxin no Brasil.*

de menor potencial ofensivo no âmbito federal e crime comum no âmbito estadual);

(c) quem, sendo primário e de bons antecedentes, furta um repelente de cinco reais de um supermercado deve ser punido com a pena de prisão de um a quatro anos (CP, art. 155)? O legalista positivista, que não tem outra preocupação que não seja a aplicação lógico-formal do Direito, diz sim (aliás, essa foi a solução penal para esse caso concreto dada recentemente pela 8ª Câmara Criminal do Rio de Janeiro); o penalista que admite a intervenção no Direito penal de todos os princípios político-criminais (mínima intervenção, exclusiva proteção de bens jurídicos, ofensividade, afetação relevante do bem jurídico etc. – cf. sobre todos esses princípios Gomes, L.F., Norma e bem jurídico no direito penal e Gomes, L.F., Princípio da ofensividade no direito penal, São Paulo: RT, 2002) evidentemente diz não”.

5. FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

5.1 Princípios intervenção mínima e da proporcionalidade da pena

Segundo Carlos Vico Mañas¹⁷, a tipificação não se esgota no juízo lógico-formal de subsunção do fato ao tipo legal de crime. A ação descrita tipicamente deve revelar-se, ainda, ofensiva ou perigosa para o bem jurídico protegido pela lei penal.

O legislador, ao conceituar um crime, leva em conta as atitudes humanas que deseja punir. Para tanto, procura definir, da forma mais precisa possível, a situação típica.

Não obstante procure atingir um número limitado de situações, o processo de tipificação mostra-se defeituoso diante da impossibilidade de reduzir a infinita gama de atos humanos em fórmulas estanques. Por tal motivo, o processo legislativo de tipificação é realizado de maneira “abstrata”, alcançando por vezes casos inesperados, imprevisíveis ao tempo da edição da norma. A imperfeição do trabalho legislativo faz com que possam ser consideradas formalmente típicas condutas que, na verdade, deveriam estar excluídas do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal¹⁸.

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.

¹⁷ MAÑAS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Artigo publicado na Revista Jurídica de Mato Grosso. Ano I - número 4.

¹⁸ SANGUINÉ, Odone, *Observações sobre o princípio da insignificância, Fascículos de Ciências Penais*, v. 3, n. 1, p. 46.

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 subsidiária e fragmentária do direito penal.

De acordo com o princípio da intervenção mínima, com o qual se relacionam as características da fragmentariedade e da subsidiariedade, o direito penal só deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações leves da ordem jurídica devem ser objeto de outros ramos do direito¹⁹.

Embora não presente em texto legal, o princípio da intervenção mínima, de cunho político-criminal, impõe-se, ao legislador e ao intérprete, por sua compatibilidade com outros princípios jurídico-penais dotados de positividade, e com os pressupostos políticos do estado democrático de direito²⁰.

O direito penal, como sustenta Nilo Batista, é “um sistema descontínuo de ilicitudes”²¹. Imaginar 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”, como frisa Navarrete²².

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 penal²³.

Mañas ainda indica que o outro fundamento do princípio da insignificância reside na idéia da proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno

¹⁹ MUÑOZ CONDE, *Francisco Introducción al derecho penal*, p. 49.

²⁰ BATISTA, *Nilo Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 85.

²¹ *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 86.

²² *Derecho penal*, p. 103.

²³ SANGUINÉ, Odone *Observações sobre o princípio da insignificância, Fascículos de Ciências Penais*, v. 3, n. 1, p. 50.

que não subsiste qualquer razão para a imposição da reprimenda. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato²⁴.

É nesse contexto que deve ser entendido o princípio da insignificância. É ele 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.

A adoção do princípio da insignificância auxilia na tarefa de reduzir ao máximo o campo de atuação do direito penal, reafirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, reservando-o apenas para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis.

²⁴ ZAFFARONI, *Eugenio Raúl Tratado de derecho penal*, t. 3, p. 554 e s.

6. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E MEIO DE PENETRAÇÃO NO SISTEMA PENAL

6.1 Tipicidade

A tipicidade é a forma de entrada do princípio da significância no Direito Penal. Damásio E. de Jesus²⁵ resume o conceito de tipicidade da seguinte forma:

“Inúmeros fatos da vida social que, por lesar ou colocar em perigo interesses jurídicos relevantes, ensejam a aplicação penal. Para isso, o legislador descreve as condutas consideradas nocivas à ordem jurídica. Essa definição legal da conduta proibida pela ordem jurídico-penal, sem qualquer elemento valorativo, é a tipicidade. Portanto, o tipo legal é a descrição abstrata que expressa os elementos da conduta lesiva. Todavia, o tipo legal não se confunde com o fato concreto. Este é praticado pelo sujeito a par de várias circunstâncias, de natureza subjetiva ou objetiva, ocasionais ou preparadas, variáveis segundo as condições determinadoras do comportamento.”

Assim, tipicidade é a correspondência entre a conduta praticada pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora²⁶.

²⁵JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Parte Geral – volume I*. 19ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. Pág. 230-231.

²⁶ Idem, pág.230.

6.2 Causalismo e Finalismo

Ao longo da evolução do Direito Penal, duas teorias sobre o crime se destacaram no estudo da tipicidade: a causalista e a finalista.

Segundo Fernando Capez²⁷, MEZGER e SAUER, precursores da teoria causalista, transformara o tipo em tipo de injusto, que assim passou a ser a *ratio essendi* da antijuridicidade, isto é, a expressão do ilícito penal. O tipo foi conceituado como a ilicitude tipificada. Desse modo, o tipo e a ilicitude fundir-se-iam em uma relação indissolúvel no interior do injusto, embora seus conceitos não se confundam. O tipo descreveria o fato injusto (proibido), que compreende, a um só tempo, o fato típico e o ilícito.

Em outras palavras, segundo a teoria causalista, a prática da conduta prevista no tipo penal é crime independentemente do resultado produzido ou da vontade do agente. Assim, essa teoria é marcada pela análise do *desvalor da ação*, ou melhor, do malefício ínsito à conduta do agente.

WELZEL, por sua vez, superando o positivismo influenciador do causalismo, inaugura a teoria finalista. Ele demonstrou que o legislador ao estabelecer os tipos penais não se preocupa apenas com a proibição de determinadas condutas mas também com vontade dos agentes de praticarem tais condutas. O tipo penal, portanto, não estaria livre de uma análise da vontade do agente. E, assim sendo, a prática de uma conduta prevista no tipo penal se torna apenas indiciária da antijuridicidade, pois ainda requer exame da intenção do sujeito.

6.3 Insignificância e Tipicidade.

Apresentando as duas teorias, Maurício Antônio Ribeiro Lopes²⁸ expõe de forma pertinente a insuficiência de ambas diante da realidade do direito penal.

²⁷ Ob. Cit pág. 138.

²⁸ Ob. Cit. Pág. 108.

“Tanto uma quanto outra posição, em suas considerações unilaterais, apresentam problemas insolúveis. Certamente, desde um ponto de vista estritamente normativo, as normas só podem proibir ou ordenar ações e não resultados. Portanto, desde já, aparece o desvalor da ação como significativo e, sem embargo, ele não aparece acolhido dentro da teoria causalista. Por outra parte, ao pôr-se em relevo somente a lesão jurídica, o único foco de interesse serão aquelas ações que provocarem tais lesões, quedando então a ação reduzida a uma mera relação causal, é dizer, a um simples processo objetivo de imputação, com o qual o injusto, como forma de responsabilidade pelo fato, aparece como responsabilidade objetiva, com todas as conseqüências que isso tem tido no campo do Direito Penal e mesmo sua manifesta e atual inconstitucionalidade.”

E ainda aduz que o:

“...desprendimento total do injusto faz precisamente com a que a teoria finalista, na expressão de Bustos Ramirez, ‘mediatice completamente el bien jurídico’ – que é o núcleo central do injusto, como registra Gimbernat – e que, ao pôr o acento somente no desvalor da ação, se origine uma tendência à eticização e subjetivação do Direito Penal”.

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 social²⁹.

O princípio da insignificância atua na área abandonada pelas teorias formais de tipicidade, em busca de uma tipicidade chamada material. De forma que a prática de uma conduta prevista no tipo penal incriminador ainda que aliada ao elemento volitivo

²⁹ VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 52. APUD LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Ob. Cit. Pág. 110.

(dolo ou culpa) idealizado pelo legislador não é crime se não resulta em lesão materialmente considerável para o bem jurídico que se pretende tutelar.

É claro esse posicionamento não surge e não se mantém alheio a razões de Política Criminal ou celeridade processual. Como já ressaltado, o surgimento do princípio da insignificância na Alemanha pós-guerra visou aliviar o sistema penal que se via obrigado a punir as mais irrisórias práticas delitivas. Hodiernamente, a ineficácia do sistema prisional e o abarrotamento do judiciário ainda impelem julgadores e doutrinadores à realidade do princípio da insignificância em face de outros direitos como a dignidade da vida humana.

6.4 Posição Jurisprudencial

6.4.1 Supremo Tribunal Federal (STF)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a validade do princípio da insignificância em acórdãos assim ementados, verbis:

"HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. DELITO DE TRÂNSITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ANÁLISE DE CADA CASO. 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. Habeas corpus indeferido³⁰"

"ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos - e outra prova não seria possível fazer-

³⁰ HC nº 70.747/RS, 2ª T., rel. Min. Francisco Resek, unânime, DJU de 07.06.96, p. 19.826.

se tempos depois - há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as varas criminais, geralmente tão oneradas³¹"

Nossa Suprema Corte, além de aplicar o postulado da insignificância, assentou o entendimento consoante o qual são as peculiaridades do caso concreto que ensejarão (ou não) o reconhecimento do ilícito de bagatela.

Destarte, caberá ao julgador, diante das circunstâncias da espécie, perquirir sobre a verificação ou não da insignificância, atentando precipuamente para a ofensa experimentada pelo objeto jurídico resguardado.

6.4.2 Superior Tribunal de Justiça (STJ)

O Superior Tribunal de Justiça igualmente reconhece a validade do princípio *sub examine*⁸, tendo estabelecido seus exatos contornos em arresto assim ementado, *in verbis*:

"RHC. CONSTITUCIONAL. PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. O habeas corpus, por seu procedimento, não comporta investigação probatória. O fato deve projetar-se isento de dúvida. Concede-se, todavia, habeas corpus de ofício, caracterizada a pequenês do valor do furto. Princípio da insignificância. O resultado (sentido jurídico-pena) deve ser relevante, quanto ao dano, ou perigo ao bem juridicamente tutelado. De minimis non curat praetor. Modernamente, ganha relevo o princípio da insignificância. O delito (materialmente examinado) evidencia resultado significativo. Deixa de sê-lo quando o evento é irrelevante. Não obstante conclusão doutrinária diversa, afirmando repercutir na culpabilidade,

³¹ RHC nº 66.869/PR, 2ª T., rel. Min. Aldir Passarinho, unânime, DJU de 28.04.89, p. 6.295.

*prefiro tratar a matéria como excludente da tipicidade, ou seja, o fato não se subsume à descrição legal*³².

*"DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. No caso 'sub examine', a pequena quantidade e o ínfimo valor da mercadoria de procedência estrangeira, apreendida em poder do acusado autoriza a aplicação do princípio da insignificância"*³³.

Trata-se, como visto, de causa excludente da tipicidade, eis que, em face mesmo do conceito material de ilicitude penal, a ação protagonizada pelo agente, em tais circunstâncias, não se adequa ao tipo legal, não consubstancia lesão ou perigo de lesão significativo ao bem jurídico tutelado.

6.4.3 Tribunais Regionais Federais (TRFs)

O entendimento dos Tribunais Regionais Federais não discrepa daquele esposado pelas Cortes Superiores, tendo reiteradamente aplicado o princípio em casos de descaminho, exploração de telecomunicações, ausência de recolhimento de contribuições previdenciárias, crimes contra a fauna e estelionato.

Por outro lado, há decisões que negam a aplicação do princípio da insignificância quando se trata de crime de moeda falsa e de peculato.

Concessa venia, não vemos razão para semelhante proceder, descabendo excluir aprioristicamente do âmbito de aplicação do princípio em estudo este ou aquele tipo de crime. O que importa considerar, sempre e sempre, é o objeto jurídico protegido pela lei penal material, indagando sobre a magnitude da lesão que experimentou neste ou naquele caso concreto.

³² RHC nº 4.311/RJ, 6ª T., rel. Min. Vicente Cernicchiaro, unânime, DJU de 13.03.95, p. 18.751.

³³ STJ, RESP 124897/CE, Rel. José Arnaldo da Fonseca, 5º T. DJU 21.02.2000.

É certo que o conceito de insignificância se nos apresenta sem muita nitidez, todavia são as características do fato *sub studio* que dirão sobre a pertinência ou não da aplicação daquele postulado, ilação que, como vem de se demonstrar, é abonada pelo Excelso Pretório.

Observa-se, ainda, subsistir certa confusão entre os princípios da insignificância e o da adequação social, conforme se vê no seguinte acórdão, *verbis*:

"PENAL. CONTRABANDO. CIGARRO DE FABRICAÇÃO NACIONAL PARA EXPORTAÇÃO. IMPORTAÇÃO PROIBIDA. Pelo princípio da insignificância excluem-se do tipo os fatos de mínima perturbação social. A adequação social leva à impunidade dos comportamentos normalmente admitidos ainda que formalmente realizem a letra de algum tipo legal"³⁴.

Ora, ou a ação é lícita e socialmente adequada ou é ilícita (*lato sensu*) e atípica, por isso que não implica em lesão (ou perigo de lesão) relevante ao bem jurídico prestigiado pela norma penal. No primeiro caso - adequação social - a ação é legítima, ao passo que na última hipótese - insignificância - a ação, inobstante seja ilícita, não assume contornos tais que permitam sua adequação ao tipo penal (atípica).

³⁴ TRF 1ª Região, RCCR nº 131.290/MG, rel. Juiz Tourinho Neto, unânime, DJU de 11.04.96, p. 23.263.

7. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E OS JUIZADOS ESPECIAIS

As infrações de menor potencial ofensivo (art. 61) constituem-se em crimes e contravenções nos quais a pena cominada não seja superior dois anos - salvo os casos em que haja rito especial, porém, estes ritos especiais referem-se somente aos crimes, e não às contravenções, pois são da essência destas a baixa lesividade, o menor potencial ofensivo, sendo assim, todas as contravenções são de competência da Lei nº 9.099/95.

Maurício Macedo dos Santos³⁵ bem afirma que a potencialidade ofensiva da conduta é proporcional à relevância do bem jurídico que a ação lesiva atingiu, assim nos casos de menor potencial ofensivo verifica-se a baixa relevância do bem jurídico, resultando daí a pequena reprovabilidade social ou a escassa repercussão social que autorizam, então, o tratamento diferenciado proposto pela Lei nº 9.099/95(143), a fim de tornar mais rápido e acessível o judiciário, ao contrário do que ocorre nos crimes de bagatela em que há uma mínima ou inexistente relevância jurídica, assim não deve incidir o tipo penal, visto que a relevância da ofensa ao bem jurídico não foi atingida, a ponto de resultar na imputação de pena ao agente.

Como bem expõe Genacéia da Silva Alberton³⁶:

³⁵ SANTOS, Maurício Macedo dos. SÊGA, Viviane Amaral. *Sobrevivência do princípio da insignificância diante das disposições da Lei nº 9.099/95*. Trabalho apresentado no XV Salão de Iniciação Científica da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e atualizado no I Salão de Iniciação Científica da Faculdade de Direito Ritter dos Reis

³⁶ ALBERTON, Genacéia da Silva. *Considerações Sobre o Juizados Especial Criminal: Competência, Infrações de Menor Potencial Ofensivo e Audiência Preliminar*. Revista *AJURIS*, n. 67, ano XXIII, p. 252-275, jul/1996.

"Ao falarmos em infração de menor potencial ofensivo, com procedimentos específicos para atendimento de tais infrações, estamos voltando-nos para infrações de baixa lesividade, procurando formas de 'despenalização' dentro da esfera de uma política criminal. Quando nos referimos a 'crime de bagatela', estamos em nível de atipicidade, declarando como atípica uma conduta infracional por ausência de lesividade, por baixíssima lesividade ou pela falta de proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a intervenção estatal"

Logo, não se pode dizer que o legislador ao estabelecer no art. 61 da Lei nº 9.099/95 as infrações penais de menor potencial ofensivo incluiu os crimes de bagatela, porque estes não são considerados crimes devido a sua atipicidade. Encontram-se, assim, fora da competência dos Juizados Especiais e, até mesmo, fora da intervenção do direito penal.

A interpretação que se faz do art 61 da Lei nº 9.099/95 não é restritiva mas, sim sistemática, ou seja de acordo com os princípios, com os valores, de acordo com todo o ordenamento jurídico, pois um sistema jurídico que seja apenas normativo, isento de valores, não se coaduna com a realidade social.

8. CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

8.1 Ausência de Direito

Alguns doutrinadores afirmam que a aplicação do princípio da insignificância cria uma situação de ausência de direito. Isto porque determinadas condutas deixariam de receber resposta penal.

O argumento não encontra amparo jurídico. Ainda que tais atos deixem de ser regidos pelo Direito Penal, eles continuaram recebendo atenção de outros ramos do Direito, como o Civil, Administrativo, etc.

É a posição de Vico Mañas³⁷ que assim dispõe:

“Tal temor é fruto, antes de mais nada, do desconhecimento da natureza fragmentária e subsidiária do direito penal.

Não se propõe que as condutas lesivas de pouca relevância passem a ser consideradas lícitas. A idéia, ao contrário, é retirá-las da área de influência do direito penal, transferindo a solução do problema para outros ramos do ordenamento jurídico ou mesmo outros instrumentos de controle social.

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

³⁷ Mañas, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Artigo publicado na Revista Jurídica de Mato Grosso. Ano I - número 4.

persecução penal resultem superiores aos eventuais benefícios para a coletividade. Além disso, restringindo a competência da justiça criminal, com a 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”.

Ribeiro Lopes é ainda mais contundente ao se pronunciar sobre a questão. Segundo ele³⁸, parece tolo 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.

8.2 Imprecisão Terminológica

Crítica-se também a imprecisão terminológica ou indeterminação conceitual do princípio da insignificância. Argumenta-se que o uso de um termo tão vago e impreciso acarretaria insegurança jurídica e arbitrariedade, e aumentaria o campo político e ideológico na aplicação do direito penal.

Concordamos com Ribeiro Lopes³⁹ quando afirma que as críticas são facilmente rechaçáveis. Para o autor, “o princípio da insignificância, como visto, opera como limite tático da norma penal, isto é, a perceptibilidade de agressão ao bem é considerada como requisito implícito do crime, em ausência do qual, no caso concreto, a pena não se legitima nem sob o perfil substancial nem sob o perfil teleológico. 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”. E, portanto, “o princípio da insignificância apenas depura o rigor desse sistema, vale dizer, opera marginalmente na contenção dos excessos – por isso limite tático”.

³⁸ Ob. Cit. Pág. 176.

³⁹ Ob. Cit. Pág. 173.

Deve-se frisar também que a doutrina e a jurisprudência têm conseguido elaborar, de acordo com os limites de interpretação permitidos, critérios razoáveis de delimitações das condutas que devam ser consideradas insignificantes, sob a ótica de um direito penal fragmentário e subsidiário, fugindo do empirismo e da exacerbação da análise do “caso por caso”⁴⁰.

8.3 Previsão Legislativa

Posição mais formalista afirma ser inaplicável o princípio da insignificância, por não estar previsto na legislação e, portanto, “incorporado ao ordenamento jurídico”⁴¹

Vico Mañas refuta arrazoadamente também esta crítica:

“É manifesta, porém, a improcedência de tal objeção, de cunho eminentemente positivista.

O princípio da insignificância nada mais é do que importante construção dogmática, com base em conclusões de ordem político-criminal, que procura solucionar situações de injustiça provenientes da falta de relação entre a conduta reprovada e a pena aplicável(35).

Tal necessidade é que faz com que se negue a construção analítica do crime, afirmando-se a atipicidade da conduta levemente agressiva ou lesiva ao bem jurídico.

Não se trata de inovação, pois são diversas as hipóteses em que a doutrina elabora teorias sobre causas excludentes da criminalidade, não previstas expressamente em lei.

Sobre esse aspecto, revive-se a polêmica acerca dos Juizados Especiais e a incompatibilidade deles com o princípio da insignificância. Isto porque a previsão

⁴⁰ SANGUINÉ, Odone, *Observações sobre o princípio da insignificância*, Fascículos de Ciências Penais, v. 3, n. 1, p. 46.

⁴¹ Recurso-crime 289036733, 2ª Câm. Crim., j. em 12-10-1989, rel. Juiz João Andrades Carvalho, TACRS.

constitucional expressa de um órgão julgador de infrações de menor potencial ofensivo afastaria a aplicação de um princípio sem previsão legal ou constitucional evidente.

Tal discussão já foi superada no capítulo específico deste trabalho, acrescente-se, entretanto, a posição de Sanguiné⁴². Para ele, o preceito constitucional confirma a validade do princípio da insignificância, pois não determina que se devam criminalizar casos de bagatela, mas apenas estabelece diretriz destinada a regular o processo e julgamento dessas ofensas menores.

⁴² Op. Cit. p. 60.

9. CONCLUSÃO

Como salientado no último capítulo desta monografia, o princípio da insignificância sofre diversas críticas. Ainda que refutadas por doutrinadores de peso, não é possível negar que algumas delas possuem fundamento.

A verdade é que o jurista mais formalista não se acomoda com a fluidez do princípio da insignificância. Qualidade oriunda da abstração conceitual e da ausência de previsão legal expressa.

Ocorre, entretanto, que o Direito não pode fazer frente aos fatos da realidade. O princípio da insignificância não surgiu de lições acadêmicas de algum doutrinador de vanguarda. Ao contrário, é resultado de uma necessidade histórica real. E assim se comporta até hoje.

Não é por outra razão que o princípio em análise já é comum a todos os principais tribunais brasileiros. Ainda que a doutrina, em parte, possa conspirar contra a sua existência; o cotidiano na prestação jurisdicional já não pode mais afastar sua incidência. O julgador, em regra, está muito mais próximo da realidade.

E é também pela força incontestável da realidade social que a doutrina mais moderna se erige. O Direito Penal Mínimo, o Direito Penal de Combate e até o Direito Penal vislumbrado pelos alternativistas são influenciados pela desigualdade social, pela situação carcerária caótica, pela miséria em que vive de grande parte de nossa população, pela ineficiência da pena em alcançar os objetivos teóricos vislumbrados, etc.

Assim, o princípio da insignificância é resultado necessário do conflito entre o direito e a realidade. Sua penetração no Direito Penal se dá através da tipicidade.

tornando atípicas as condutas que a seu ver não alcançam expressão jurídica. E é hoje reconhecido por todos os principais tribunais brasileiros.

BIBLIOGRAFIA

ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**. JTACrimSP, São Paulo, 94:72-7, abr./jun. 1988.

ALBERTON, Genacéia da Silva. **Considerações Sobre o Juizados Especial Criminal: Competência, Infrações de Menor Potencial Ofensivo e Audiência Preliminar**. Revista AJURIS, n. 67, ano XXIII, p. 252-275, jul/1996.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro, Revan, 1990.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral: volume 1**. segunda edição. São Paulo. Saraiva.

CELIDÔNIO, Celso. **Princípio da Insignificância**. Revista Direito Militar. nº 16, Março/Abril, 1999

GOMES, Luiz Flávio. **Palestra Claus Roxin no Brasil**

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal - vol. 1**. 22ª Ed. Saraiva. São Paulo/SP. 1999.

MAÑAS, Carlos Vico. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Artigo publicado na Revista Jurídica de Mato Grosso. Ano I - número 4.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Princípios Fundamentais do Direito Ambiental**. São Paulo. Ed. Malheiros. 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona, Bosch, 1975.
. Teoria geral do delito. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre, Sergio A. Fabris Editor, 1988.

RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1997.

SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 36-50, jan./mar. 1990

SANTOS, Maurício Macedo dos. SÊGA, Viviane Amaral. **Sobrevivência do princípio da insignificância diante das disposições da Lei nº 9.099/95**. Trabalho apresentado no XV Salão de Iniciação Científica da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e atualizado no I Salão de Iniciação Científica da Faculdade de Direito Ritter dos Reis

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires, Ediar, 1981. V. 3.