

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM MATÉRIA PENAL: ENTRE ACEITAÇÃO AMPLA E APLICAÇÃO PROBLEMÁTICA

Yuri Corrêa da Luz

INSIGNIFICANCE PRINCIPLE IN CRIMINAL LAW: BETWEEN WIDE
ACCEPTANCE AND PROBLEMATIC APPLICATION

RESUMO

ESTE ARTIGO BUSCA ANALISAR O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM MATÉRIA PENAL, E REFLETIR ACERCA DA MELHOR FORMA DE OPERACIONALIZÁ-LO DOGMATICAMENTE. APÓS UMA INTRODUÇÃO QUE TRATA BREVEMENTE DO CONTEXTO DO SURGIMENTO DESSE PRINCÍPIO, O TEXTO APRESENTA AS PRINCIPAIS CONCEPÇÕES UTILIZADAS PELA DOUTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA NACIONAIS PARA APLICÁ-LO, COM O OBJETIVO DE REFLETIR SOBRE AS VANTAGENS E DESVANTAGENS SISTEMÁTICAS E POLÍTICO-CRIMINAIS INSCRITAS EM CADA UMA DELAS. NESSE PLANO, O ARTIGO PROBLEMATIZA A PRINCIPAL FORMULAÇÃO DEFENDIDA PELA DOUTRINA NACIONAL – SEGUNDO A QUAL A INSIGNIFICÂNCIA CONSTITUI ESPÉCIE DE CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DA “TIPICIDADE MATERIAL” DA CONDUTA ANALISADA –, SUGERINDO QUE ESSA CONCEPÇÃO PODE ESTAR NA BASE DE SÉRIOS EQUÍVOCOS COMETIDOS POR NOSSOS TRIBUNAIS NO MOMENTO DE DEFINIR SE UMA CONDUTA É OU NÃO PENALMENTE INSIGNIFICANTE. AO FINAL, O TEXTO APONTA OS CONTORNOS GERAIS DE UMA FORMULAÇÃO DOGMÁTICA MAIS ADEQUADA PARA ESSE PRINCÍPIO, VISANDO SUPRIR AS DIVERSAS DIFICULDADES ADVINDAS DA ADOÇÃO DA CONCEPÇÃO MAJORITÁRIA SOBRE A MATÉRIA NO BRASIL.

PALAVRAS-CHAVE

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA; DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL; APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS PENAI; JUDICIÁRIO BRASILEIRO.

ABSTRACT

THIS ARTICLE AIMS TO ANALYZE THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN CRIMINAL LAW AND REFLECT ON WHAT IS THE BEST WAY TO OPERATIONALIZE IT DOGMATICALLY. AFTER AN INTRODUCTION THAT BRIEFLY DEALS WITH THE CONTEXT OF EMERGENCE OF THIS PRINCIPLE, THE TEXT PRESENTS THE MAIN CONCEPTIONS USED BY NATIONAL DOCTRINE AND COURT DECISIONS TO APPLY IT, IN ORDER TO WEIGH ON THE SYSTEMATIC AND POLITICAL ADVANTAGES AND DISADVANTAGES INHERENT TO EACH OF THEM. AT THIS POINT, THE ARTICLE DISCUSSES THE CONCEPTION ADVOCATED BY THE PREVAILING NATIONAL DOCTRINE – ACCORDING TO WHICH THE INSIGNIFICANCE IS TO BE UNDERSTOOD AS A CLAUSE OF EXCLUSION OF THE “MATERIAL TYPICALITY” OF A CONDUCT –, AND SUGGESTS THAT THIS CONCEPTION CAN BE THE BASIS OF SERIOUS MISUNDERSTANDINGS COMMITTED BY OUR COURTS AT THE TIME OF DETERMINE WHETHER A CONDUCT IS CRIMINALLY INSIGNIFICANT OR NOT. FINALLY THE TEXT TRIES TO POINT OUT SOME GENERAL OUTLINES OF A DOGMATIC FORMULATION MORE APPROPRIATE TO THIS PRINCIPLE, AIMING TO OVERCOME THE VARIOUS DIFFICULTIES THAT ARISE FROM THE ADOPTION OF THE MAJORITY VIEW ON THIS SUBJECT IN BRAZIL.

KEYWORDS

INSIGNIFICANCE PRINCIPLE; CRIMINAL LAW DOCTRINE; APPLICATION OF CRIMINAL LAW PRINCIPLES BY BRAZILIAN JUDICIARY.

“Sr. julgador;

A vida é tão ingrata, e o pior quando dá muitas vezes é injusta no ato de cobrar.

O processo em curso é mais um dos casos que somente se quer punir os desamparados.

A estória é bem simples que dá dó até de falar, pegaram três cabras tirando coco e a recomendação da polícia era cadeia já!
E assim foi, por conta do acontecido, ficaram dois deles quase dois meses detidos.
E o caso não terminou, não, e o valor dos cocos que os acusados levarão era sem expressão.
No todo foi R\$ 69, na divisão, caberia a cada um valor tão insignificante que é até uma injustiça tratá-los como meliantes.
O pior, é o que a gente vê no meio político, nas rodas das altas autoridades, onde se mete a mão e com vontade.
Os acusados, coitados, desempregados, sem condição de ganhar o pão, à custa de tudo isso passaram grande privação.
Ficaram presos, mesmo sendo primários, e ainda tiveram que levar a fama de ladrões e homens safados.
Interessante, o que se vê é que os verdadeiros ladrões do erário, que metem a mão em mais de um milhão, são tratados como homens de bem e pessoas da mais alta distinção.
Um dos acusados, na polícia falou, 'eu levei os coco seu doutor'.
'Mais seu doutor, estou desempregado, e com três crias para dar de comer, na verdade o que eu queria era fazer os meninos parar de sofrer.'
Enquanto o homem do colarinho branco, quando é peço metendo a mão, grita logo, 'eita, seu juiz é um absurdo, tão me chamando de ladrão!'.
Os acusados, por conta dos cocos, confessaram a condição de ter metido a mão, mas eu pergunto seu Juiz, é motivo para prisão?
Sessenta e nove reais, quase dois meses de detenção, será que precisa de mais aflição?
Para corrigir uma injustiça, cabe ao defensor da lei, dizer, senhor juiz vamos então resolver, reconheça a insignificância e diga que esse fato não pode ter importância.
Agindo assim, justiça vai fazer e dessa forma, fica o desejo desse humilde promotor, que um dia coloquemos nem que seja por um dia na prisão os que metem a mão no dinheiro das nossas crias."

INTRODUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

O cordel citado foi extraído de um recente parecer da Promotoria do estado de Alagoas;¹ ele dá voz a uma das mais importantes e problemáticas figuras do Direito Penal contemporâneo: o *princípio da insignificância*.

A ideia central que permeia esse princípio é, de fato, muito antiga; já na Roma antiga podíamos encontrar na máxima "*minima non curat praetor*" o início de seus contornos. Tratava-se, à época, de reconhecer que havia muitos casos cuja insignificância seria de tal forma patente que à Justiça não caberia qualquer necessidade avaliação ou de julgamento. O que era mínimo, irrelevante, não mereceria, por isso, a atenção do pretor.

Se, por um lado, essa ideia geral merece ser reconhecida como origem remota do princípio da insignificância, por outro não devemos acreditar que nossa forma de

concebê-lo atualmente em Direito Penal derive diretamente da máxima latina. Pelo contrário, parece necessário notar que essa noção não porta, hoje, o mesmo significado de outrora. Em Roma, o que os juristas reconheciam era “o qualitativo do mínimo, afirmando sua conseqüente irrelevância para o Direito, mas apenas em seu sentido geral” (Guzmán Dalbora, 1996, p. 59). Tratava-se, em outras palavras, de uma máxima *genérica*, a orientar a inteireza da atividade do pretor, e não de um princípio norteador próprio da aplicação do Direito Penal. Se essa figura específica, portanto, não derivou da simples evolução de uma antiga ideia de racionalizar o uso da atividade jurisdicional, torna-se importante entender em que contexto surge o interesse especificamente jurídico-penal pelo princípio da insignificância, de forma a se compreender quais são, efetivamente, seus objetivos e desafios no presente.

Sabemos que o desenvolvimento de uma ciência voltada à racionalização da criação e da aplicação do Direito Penal teve início na história da modernidade a partir do movimento iluminista², marcado fundamentalmente por uma preocupação constante em relação ao uso abusivo e discricionário do poder punitivo. O período precedente, marcado por um significativo arbítrio quando da definição e da punição de uma conduta criminosa, começara, na passagem do século XVII para o século XVIII, a sofrer uma série de críticas contundentes, vindas de uma sociedade que exigia, em seus diversos setores, uma maior racionalização e uma maior previsibilidade na produção e na aplicação do Direito.

Nesse contexto, pensadores de suma importância, que hoje podem ser vistos como os fundadores do que hoje chamamos de dogmática penal, passaram a desenvolver uma série de conceitos e categorias que tornasse possível racionalizar e guiar a interpretação e a aplicação da lei. Estas não poderiam mais ser conduzidas legitimamente apenas porque o soberano assim o queria; pelo contrário, tornava-se cada vez mais necessária a observância de uma série de critérios sistemáticos, como os derivados do princípio da legalidade e das categorias estruturantes da chamada “teoria do delito”. O pensamento dogmático surgiu, então, como meio de se exigir o respeito a uma série de requisitos formais para aplicação da lei penal, tornando condição da responsabilização a análise da realidade a partir de conceitos altamente refinados, utilizados para definir quando uma conduta poderia ser entendida como crime. A ciência penal, ao estabelecer requisitos para o exercício do poder punitivo, passava assim a ser vista como “a barreira intransponível para política criminal”³ (entendida como um conjunto de métodos para combate da criminalidade), desempenhando uma importante função de limitação do arbítrio da punição estatal.

Esse brevíssimo histórico serve de alicerce para a tese segundo a qual, longe de se remeter à noção difusa de insignificância da Roma antiga, foi por meio da dogmática jurídico-penal que se procurou racionalizar o uso do poder punitivo na modernidade. Tratou-se, desde seu surgimento, de garantir que o Direito Penal somente pudesse ser utilizado a partir de um ferrenho respaldo legal, de modo que

as normas penais apenas pudessem ser empregadas de acordo com um estrito raciocínio de subsunção formalista.

Mesmo reconhecendo que o pensamento dogmático passou por uma série de mudanças internas, expressas nas diversas disputas entre as escolas causalistas, neokantistas e finalistas, pode-se dizer que a função atribuída à dogmática penal manteve-se, durante muito tempo, intocada no que se refere a esse núcleo duro. Ao longo de séculos, ainda que se disputasse o conteúdo de categorias como “tipicidade”, “antijuridicidade” e “culpabilidade”, tratou-se, exclusivamente, de se construir um sistema *fechado*, capaz de garantir aos aplicadores do Direito Penal uma avaliação “puramente jurídica” dos fenômenos do crime e da pena. Somente desse modo, afirmavam os penalistas, estaria garantida a igualdade formal na aplicação da lei, e o afastamento do arbítrio no uso do poder punitivo.⁴ A tarefa central da ciência dogmática da modernidade, portanto, consistiu por muitos anos em sustentar que “as características gerais do conceito de delito tornam possível uma aplicação racional e homogênea da lei penal, garantindo segurança jurídica e racionalidade à atividade jurisdicional” (Jescheck, 1969, p. 1).

Essa forma de se conceber o pensamento dogmático somente veio a ser confrontada nas últimas décadas, principalmente após o surgimento do chamado “funcionalismo penal”. Esse movimento, em si muito heterogêneo, tem como principal motor a percepção de que havia algo errado na forma como entendíamos a função da dogmática em nossa sociedade. Isso porque, embora a construção de um sistema fechado tenha sido muito importante para se combater um contexto de forte arbítrio e abuso estatal no período pré-iluminista, ela teria acabado por gerar, em contextos menos drásticos, uma nova série de complicações – ou dito de modo breve: de seus benefícios estariam surgindo custos realmente muito altos, com os quais talvez não estivéssemos mais dispostos a arcar.

Pensem, a título de exemplo, em como a mera aplicação formal de um dispositivo legal pode gerar resultados que consideramos inaceitáveis nos dias de hoje. Uma conduta absolutamente inócua, tal como o furto de um fósforo, ainda que possa ser subsumida perfeitamente ao teor de um tipo penal, pode acabar dando ensejo a uma punição flagrantemente desproporcional, apenas por ser esta a consequência direta da aplicação irrestrita do conceito de delito. Este e tantos outros desconfortos, acumulados nos últimos tempos, culminaram no diagnóstico segundo o qual, “se para a dogmática do que se trata é de ordem, de homogeneidade e de controle formal do material jurídico a ser trabalhado, a questão acerca do que é um sistema ‘*correto*’ tende a acabar se mostrando custosa demais” (Roxin, 1970, p. 4). Passou-se a notar, com acerto, que uma ciência assim limitada à precisão conceitual e à análise pura da lei, por tender a abstrair as especificidades da realidade em nome de um maior rigor do raciocínio jurídico-formal (Silva-Sánchez, 1992, p. 68-69), acabaria fazendo com que a dogmática do Direito Penal permanecesse reduzida a um sistema

enclausurado em si mesmo, neutro e acético, que dificilmente seria capaz de realizar uma reflexão crítica de si própria (Jaen Vallejo, 1995, p. 61).

Desse quadro, então, o movimento funcionalista passa a extrair a necessidade de se levantar uma importante questão, qual seja: Se reduzirmos a tarefa da dogmática apenas à formulação de categorias abstratas que garantam uma aplicação segura da lei, não estaremos correndo o risco de usar o Direito Penal de forma segura e formalmente igualitária, sem que, no entanto, consigamos extrair disso decisões mais *equitativas e materialmente adequadas* ao caso concreto? Essa questão reflete, em linhas muito gerais, o núcleo das preocupações que afligem a ciência penal nas últimas quatro décadas. Desde então, uma série de esforços teóricos vem sendo realizada para se oferecerem alternativas a um pensamento dogmático que acabava por sustentar uma aplicação indiscriminada da lei penal, visando apenas coerência formal e lógica interna, sem se preocupar com questões como o papel da pena e a necessidade de intervenção do Direito Penal em nossa sociedade.

Compreender esse contexto mais amplo parece fundamental para alcançar o significado atualmente atribuído ao princípio da insignificância. Com efeito, as bases desse princípio podem ser identificadas na esteira da crítica formulada a uma dogmática excessivamente formalista, pensada como mero aparato conceitual voltado a garantir uma aplicação homogênea e segura dos preceitos jurídicos. Um sistema assim rígido, se conseguiu combater o arbítrio punitivo em um contexto como o do Estado absolutista, não parece mais ser capaz de suprir todas as exigências de uma sociedade complexa como a contemporânea, na qual o Direito Penal passou a ser concebido como *ultima ratio*, isto é, como último e mais drástico meio de intervenção estatal na vida em sociedade.⁵ Isso porque, por visar apenas e tão somente garantir a segurança jurídica e a homogeneidade na aplicação da lei, uma dogmática excessivamente formalista acaba por não conseguir afastar o Direito Penal de uma série de casos de pouca ou nenhuma relevância, que não deveriam ser por ele regulados (Silveira, 2010, p. 23-24).

Neste novo momento, portanto, a busca por soluções mais adequadas e justas ao caso concreto passa por um afastamento das premissas tradicionais do pensamento dogmático, e pela busca de instrumentos que viabilizem uma incidência mais limitada e legítima do Direito Penal sobre a liberdade dos cidadãos. *É neste plano que o princípio da insignificância adquire grande importância*, passando a ser visto como uma ferramenta essencial ao raciocínio jurídico-penal. Por meio dele, o que se sustenta é que nem todo caso subsumível à lei deve ser considerado penalmente relevante. Isto é: em determinados casos, a aplicação da letra fria da lei penal pode não ser necessária, devendo, pelo contrário, ser afastada e, diante de determinadas circunstâncias do caso concreto, substituída por outras formas de regulação.

Essa premissa, pode-se dizer, tornou-se amplamente aceita nos últimos anos, dando força ao papel do princípio da insignificância em nossas práticas jurídicas.

Contudo, ao se consolidar esta aceitação ampla, surge uma nova e importante questão: *Qual seria o melhor modo de se operacionalizar esse princípio?*

Para evitar que o Direito Penal seja aplicado através da mera subsunção de preceitos abstratos, uma das formas de se conceber o princípio da insignificância seria tomá-lo como mero *corretivo político criminal*, isto é, como uma forma de, diante de um caso concreto, “fugir” da letra fria da lei, de modo a garantir justiça e equidade no tratamento de uma dada situação. Bastaria que o julgador se visse diante de uma situação em que a aplicação da lei gerasse um resultado injusto para que, então, com base em critérios “*extrajurídicos*”, se pudesse afastar de plano a incidência da norma penal.

Esse modo de “correção político-criminal”, ainda muito em voga em nosso Judiciário, à primeira vista parece ser motivado por boas intenções. No entanto, quando analisado com maior atenção, ele parece pecar por uma grave falha: a de não reconhecer que, se o que se pretende é construir um Direito Penal mais justo, a noção de *sistema* não deve ser completamente abandonada em nome de um tratamento mais equitativo para o caso concreto. Isso porque, como será exposto mais adiante, se estamos falando de dogmática e de teoria jurídico-penal, parece necessário que se criem critérios consistentes que *orientem* o aplicador, de modo que a decisão sobre a insignificância de determinada conduta não fique sujeita exclusivamente à discricionariedade daquele que avalia o caso concreto. Dito de outra forma: a decisão sobre a insignificância de determinada conduta não deve depender apenas da boa vontade e dos critérios pessoais daquele que julga, sob pena de termos de aceitar decisões extremamente conflitantes entre si e contraditórias com princípios basilares de nosso próprio Direito Penal.⁶

Em vista de superar um modelo dogmático comprometido apenas com problemas de caráter formalista, sem que, com isso, caiamos em um modelo no qual a aplicação da lei torne-se novamente arbitrária e casuísta, parece-nos que, na esteira dos pressupostos metodológicos formulados por Claus Roxin:

... o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema jurídico-penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à dogmática formal-positivista.⁷

Em outras palavras, a correta saída para um sistema formalista e cego às necessidades da realidade social não deve mais ser buscada na negação da ideia de sistema, mas sim deve ocorrer com sua *abertura relativa*, mantendo a discussão sobre o princípio da insignificância *no interior da própria dogmática*. Se esse é um projeto factível, estaremos diante da tarefa de construir um sistema capaz de, ao mesmo tempo, apreciar adequadamente o caso concreto sem que, com isso, deixemos de fazê-lo por

meio de conceitos capazes de fornecer uma aplicação segura e previsível de nosso Direito Penal.

O presente trabalho insere-se neste contexto de busca pelo melhor desenho *dogmático* do princípio da insignificância. Discutiremos, nas páginas que seguem, as diversas formas de se conceber esse princípio, levando-se em conta as vantagens e desvantagens sistemáticas e político-criminais de cada uma das diversas elaborações que vem sendo dadas a esse instituto no interior da dogmática jurídico-penal.

Para tanto, nossa exposição está estruturada da seguinte forma: inicialmente, procuraremos apontar resumidamente como a insignificância pode ser operacionalizada como uma questão processual ou material, e como, nesse último plano, ela pode ser tratada no âmbito da culpabilidade, da antijuridicidade ou da tipicidade.⁸ Em seguida, buscaremos problematizar a principal formulação aceita pela doutrina nacional – segundo a qual a insignificância deve ser entendida como cláusula de exclusão da chamada “tipicidade material” da conduta –, de modo a chamar a atenção para o fato de que essa formulação traz consigo alguns relevantes problemas sistemáticos, que podem estar na base de uma série de equívocos cometidos por nossos tribunais no momento de definir uma conduta como sendo ou não penalmente insignificante. Por fim, tentaremos delinear sucintamente os contornos gerais de uma formulação dogmática mais adequada para o princípio da insignificância, que vise suprir as diversas dificuldades advindas da formulação majoritariamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência sobre esta matéria no Brasil.

I O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO INSTITUTO DOGMÁTICO

A ideia segundo a qual ao Direito Penal não deve importar toda e qualquer lesão social, mas apenas e tão somente aquelas mais gravosas, foi adotada amplamente pela doutrina dos países de sistemas jurídicos romano-germânico. O problema que hoje enfrentamos, portanto, não parece dizer tanto respeito ao reconhecimento ou não da vigência deste princípio, mas sim a algo muito mais concreto, ainda que igualmente importante: à melhor e mais adequada forma de aplicá-lo.

Como já foi apontado, um dos caminhos possíveis para se atingir esse objetivo consiste em entender esse princípio como mero corretivo político criminal, isto é, como modo de “fugir” da aplicação da lei. Trata-se, neste registro, de, diante de uma situação manifestamente insignificante, “deixar de aplicar o Direito Penal”. É como se disséssemos: a lesividade da situação concreta, nesse caso, é ínfima, o que não justifica a aplicação da norma penal e, portanto, justifica a absolvição do acusado.

Ainda que bem intencionada e motivada pelo sentimento de que a responsabilização penal apenas deve ser procedida em casos efetivamente lesivos, essa visão parece incorrer em dois tipos diferentes de equívocos. Em primeiro lugar, ela parece ser equivocada por, implicitamente, reduzir o que é o Direito Penal à verificação

de quais são as figuras típicas colecionados na legislação, deixando-se, assim, de levar em conta que também fazem parte desse sistema princípios gerais de interpretação, não apenas vinculados à Constituição, mas também ao próprio funcionamento interno de nossa prática jurídica. É esse raciocínio equivocado que está implícito no argumento segundo o qual, “quando estamos diante de casos insignificantes, não devemos aplicar o Direito Penal à situação concreta” – como se argumentar a favor dessa tese de *ultima ratio* não fosse, em si mesmo, resultado de um tipo de raciocínio propriamente jurídico-penal.

Para além desse equívoco de ordem teórica, tomar o princípio da insignificância como mero corretivo político criminal traz, ainda, um problema prático muito importante, qual seja: a derrubada das vantagens ínsitas ao pensamento sistemático.

Tomemos um exemplo para clarificar esse argumento. Em 2003, um magistrado da 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas viu-se diante de um caso de furto de duas melancias em que os acusados tinham sido presos em flagrante. Na ocasião, o juiz decidira pela soltura dos réus, usando a seguinte fundamentação:

Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Gandhi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito Alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados que sonegam milhões aos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional), poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário. Poderia brandir minha ira contra os neoliberais, o Consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização europeia, poderia dizer que George W. Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam privação na Terra – e aí, cadê a Justiça nesse mundo? Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade. Tantas são as possibilidades que ousei agir em total desprezo às normas técnicas: *não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir*. Simplesmente mandarei soltar os indiciados. Quem quiser que escolha o motivo. Expeçam-se os alvarás (grifo nosso).⁹

Pelo resultado nela alcançado, essa sentença foi muito aplaudida por certo setor da comunidade jurídica, e foi disseminada como exemplar por muitos partidários do chamado “Direito Alternativo”. Afirmou-se que se tratava de uma decisão valorativamente

muito acertada, que afastara o tecnicismo jurídico e deixara de atribuir injustamente a responsabilidade por furto a um caso de pouquíssima relevância para a sociedade como um todo.

Em certa medida, isso é verdade. Atribuir consequências penais pela prática de furto a alguém que subtraiu duas melancias parece ir contra os princípios basilares de um Direito Penal do Estado Democrático de Direito. No entanto, ainda que aceitemos a boa intenção que moveu essa decisão, se a analisarmos mais de perto, perceberemos que seria melhor se ela não tivesse sido tomada nos termos em que fora. Isso porque, de sua leitura, fica claro que ela, de pronto, traz consigo uma série de novos problemas. Talvez o principal deles resida no fato de que, como nessa decisão não se mobiliza qualquer argumento jurídico, se torna extremamente complicado saber qual foi o fundamento que a motivou. Compreender isso não é importante por purismo ou necessidade fetichista de saber “qual o fundamento jurídico para o caso”. Pelo contrário, seria efetivamente a explicitação dos termos jurídicos dessa decisão que permitiria que o caso ganhasse maior repercussão e maior viabilidade de impactar a dinâmica do sistema como um todo. Afinal, uma sentença como essa não apenas dificulta a análise do Tribunal que eventualmente tivesse que julgar o caso em sede de recurso, como ainda torna difícil para os advogados e outros interessados sustentarem a absolvição de diversas outras pessoas com base em situações similares. O que moveu a decisão? Foi o valor do bem furtado? Foram as condições pessoais dos réus? Quais são as consequências jurídicas dessa absolvição? Os acusados ainda podem responder civilmente pelos danos? Todas essas perguntas não podem ser respondidas se estamos diante de uma decisão que não apenas não usou de fundamentos jurídicos para sustentar seu posicionamento, como sequer se prestou a usar de *qualquer* tipo de fundamento.

Esse exemplo evidencia que, se deixarmos a aplicação do princípio da insignificância refém desse tipo de “frouxidão” argumentativa, não estaremos apenas enfraquecendo seu potencial de ressonância no sistema: também estaremos fazendo com que a decisão sobre a insignificância possa ser tomada somente com base no juízo subjetivo do aplicador, sem que sejam observadas regras fundamentais do Direito Penal contemporâneo. Se essas não são consequências aceitáveis, torna-se extremamente importante discutir qual seria a melhor fórmula de *sistematização* do princípio da insignificância como *instituto dogmático*, de modo a garantir que sua aplicação seja marcada tanto pelo fim de correção valorativa, quanto pelo de segurança jurídica e coerência sistêmica.

Como nota Gusmán Dalbora (1996, p. 57), quando se trata de insignificância penal, muitas são as formas internacionalmente desenvolvidas para sua operacionalização dogmática. Em primeiro lugar, há quem defenda que esse princípio deva ser tomado como uma “categoria estritamente processual” (Armenta Deu, 1995, p. 48-49; Vásquez-Rossi, 1995, p. 357-361). Nesses termos, a questão sobre a irrelevância

penal de uma conduta não seria algo que deriva da formulação de critérios materiais no interior da teoria do delito, mas sim e apenas algo que se refere ao chamado “princípio da oportunidade”, segundo o qual deve estar aberta aos órgãos de acusação a possibilidade de avaliar, com certa discricionariedade, as vantagens e desvantagens de se processar alguém por determinada conduta. Aqui entrariam, por exemplo, considerações sobre os altos custos (econômicos e sociais) de se processar criminalmente uma pessoa, bem como outras ponderações relativas à probabilidade de condenação, à falta de necessidade da pena, etc. Tratar-se-ia, em suma, de considerar a questão da insignificância sob uma óptica de estrita oportunidade processual – tomada aqui em sentido amplo, abarcando desde a conveniência da instauração do inquérito policial até a do próprio processo de execução penal.

De fato, é esta a saída que muitos ordenamentos encontraram para o tratamento de condutas que, por serem insignificantes, não deveriam estar sujeitas à regulação jurídico-penal. Assim, cita-se, por exemplo, a previsão do princípio da insignificância constante no §95 do Código Penal da Índia¹⁰, segundo o qual “*nothing is an offence by reason that it causes, or that it is intended to cause, or that it is known to be likely to cause, any harm, if that harm is so slight that no person of ordinary sense and temper would complain of such harm*”. Da mesma forma, também prevê a insignificância como questão processual o §153 do Código de Processo Penal alemão,¹¹ para o qual, se estivermos diante de uma mera contravenção, pode o Ministério Público, com a concordância do juízo competente, abdicar da ação penal, sob justificativa de falta de interesse público para processamento do fato.

Esse modo de operacionalizar o princípio da insignificância tem o grande mérito de deixar claro que o Estado não deve sequer ter interesse processual na movimentação despropositada da máquina penal. Afinal, por que deveríamos movimentar uma mecânica tão dispendiosa, usando de esforços das autoridades policiais, judiciais, além de gerar uma série de consequências sociais danosas para pessoas próximas ao acusado, se este cometeu um ato cuja relevância é ínfima?

Não obstante esse indiscutível mérito, devemos perguntar pelos deméritos dessa formulação, testando-a para descobrir se ela consiste, de fato, no melhor caminho que podemos tomar. E se a observarmos com maior atenção, perceberemos que ela padece de duas relevantes deficiências que merecem ser apontadas. Em primeiro lugar, por tratar os casos de insignificância apenas sob o prisma da oportunidade processual, essa formulação acaba aceitando certa arbitrariedade por parte dos membros do Ministério Público, quando da determinação do que seria, efetivamente, algo penalmente insignificante (Guzmán Dalbora, 1996, p. 80-81). Isso porque, se não há nenhum outro critério além da conveniência de se processar um acusado, a conduta em si considerada acaba sendo pouco analisada, o que pode abrir espaço para uma série de arbitrariedades na aplicação desse princípio (Zaffaroni, 2002, p. 494). Em segundo lugar, é importante chamar a atenção para as resistências que tal forma de

operacionalização traria se tentássemos incorporá-la à realidade brasileira. Afinal, aqui vigora amplamente o princípio da indisponibilidade da ação penal pública¹², segundo o qual existe obrigatoriedade de instauração e de seguimento de ação penal, sempre que houver existência comprovada de um crime e indícios suficientes de sua autoria. Sendo as exceções a essa regra restritas aos casos de ação penal em que estiver clara a inexistência de conduta típica e antijurídica ou de indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), ou mesmo quando for patente a presença de uma causa extintiva de punibilidade (*p. ex.*, prescrição), parece ser, assim, extremamente difícil conceber a insignificância como instituto exclusivamente processual em nosso país.¹³

A saída mais profícua, por isso, parece consistir na busca de formulações dogmáticas que tratem o princípio da insignificância não como questão processual, mas sim como *questão de Direito Penal material*. Nesses termos, esse princípio é tomado como parte das regras gerais de imputação de nosso sistema, remodelando o alcance e o significado das categorias da teoria do delito. A verificação da insignificância de uma conduta deve, então, fazer parte da própria aplicação do conceito de crime, garantindo, assim, uma maior segurança jurídica e coerência interna, próprias do pensamento sistemático, sem que, com isso, sejam deixadas de lado as pretensões de realização de justiça material no caso concreto.

Uma das possíveis formas de se operacionalizar materialmente o princípio da insignificância consiste em construí-lo como *causa de exclusão de culpabilidade* (Naum, 2001, p. 81-92). Como é sabido, para que uma conduta seja culpável, é preciso verificar no caso concreto três elementos: (1) capacidade de culpa (normalmente vinculada à ideia de imputabilidade, que falta, *p. ex.*, nos menores e nos mentalmente deficientes); (2) potencial consciência de ilicitude (excluída na ocorrência de erro de proibição, nos termos do art. 21, CP);¹⁴ e (3) exigibilidade de conduta diversa, isto é, a possibilidade de que o acusado tinha de agir de maneira outra que não a ilícita.

É sobre esse último elemento que alguns autores e juízes constroem o princípio da insignificância como questão de culpabilidade. Principalmente em casos de furto famélico, nos quais existe alegada necessidade concreta de violação da norma em nome da própria subsistência do infrator, argumenta-se que dessa pessoa não poderia ser exigida conduta diversa daquela realizada, o que faria com que seu comportamento, para efeitos de persecução penal, devesse ser considerado insignificante.¹⁵ A conduta do autor, nesses termos, mostrar-se-ia insignificante precisamente porque inevitável, excluindo-se, com isso, sua culpabilidade concreta.

À primeira vista, essa formulação é dotada de alguns méritos relevantes. Em primeiro lugar, ela tem a vantagem de apresentar a insignificância como questão relativa à *necessidade concreta de pena* para o caso analisado, e não como questão geral de abrangência da norma penal. Deste modo, chama-se a atenção para o fato de que nem tudo que está previsto como conduta típica em um tipo penal deve, necessariamente, ser

submetido à sanção criminal. Pelo contrário, se o que se pretende não é de negar o *status* de crime da conduta insignificante, mas sim afirmar que, embora reprovável, ela não deve ser vista como merecedora de punição, o que se consegue salientar é que a aplicação da pena não está restrita à interpretação do alcance dos tipos penais da Parte Especial, dependendo, também, da existência de necessidades preventivas a justificar a sanção criminal.¹⁶

Para além disso, entender o princípio da insignificância como causa excludente de culpabilidade guarda ainda a vantagem político-criminal de preservar, em determinados casos, o direito de defesa do particular atingido pela conduta do autor. Isso porque, tomada como situação em que não há necessidade concreta de pena, a violação insignificante pode até não ser alvo de responsabilização pelo poder público, por considerações específicas quanto à reprobabilidade concreta do fato, mas permanece, contudo, sendo considerada *crime*, o que garante a possibilidade de que o próprio lesionado se defenda contra a infração, agindo, por exemplo, em legítima defesa de seu próprio direito. Dito de forma mais concreta: se a conduta do acusado permanece como ilícito penal, sendo apenas e tão somente “exculpada” no caso concreto, ela se mantém, por exemplo, como “agressão injusta”, servindo, portanto, como base para a incidência da causa de justificação prevista no artigo 25 de nosso Código Penal.¹⁷ Ao revés, qualquer outra formulação material do princípio da insignificância, que opere não no âmbito da culpabilidade, mas no da tipicidade ou no da antijuridicidade, ao afetar a própria ilicitude do fato, tenderia a limitar o exercício de defesa do próprio particular afetado, ainda que mantivesse a conduta fora da seara de processamento jurídico-penal. Esse custo, é verdade, não precisa necessariamente ser visto como insuportável para o sistema. No entanto, se do que se trata é de levar em conta as vantagens de cada uma das formulações dogmáticas do princípio da insignificância, chamar a atenção para essas questões parece algo de grande importância.

Nessa esteira, também os deméritos dessa formulação devem ser considerados, porque, de fato, algumas significativas dificuldades operativas pesam *contra* a adoção da formulação do princípio da insignificância como um instituto a ser processado no âmbito da culpabilidade. Senão, vejamos. Em primeiro lugar, se entendemos a insignificância como traço específico da reprobabilidade do fato *in concreto*, nosso foco acaba recaindo muito mais sobre as circunstâncias da situação e sobre seu autor específico do que sobre a conduta em si.

Isso fica muito claro no exemplo em que a pena é afastada do furto famélico tido como insignificante. Nesse caso, não é o fato objetivamente analisado, mas as circunstâncias próprias do autor (no caso, a necessidade vital que motiva o crime) é que imprimiram irrelevância penal ao fato. Se esses casos efetivamente devem ser tratados fora do Direito Penal, não nos parece razoável restringir o reconhecimento da insignificância apenas à análise desse tipo de circunstância concreta vinculada ao

autor de um crime. Afinal, nem toda conduta é penalmente insignificante apenas por conta de alguma característica subjetiva de seu praticante (como sua necessidade de saciar a fome em detrimento da violação da norma jurídica). Pelo contrário, há uma série de situações que são *objetivamente* insignificantes, independente de como o autor se apresenta no caso concreto.

Pensemos, para exemplificar esse argumento, em como determinadas condutas, em si consideradas, não deveriam ser tidas como penalmente relevantes para efeitos de condenação por um crime como o de descaminho, independente de como se apresenta subjetivamente aquele que o praticou. Muitas vezes, o que torna insignificante a conduta não é a inexigibilidade de conduta diversa, não é a inexistência de reprobabilidade pessoal pelo fato, mas sim a sua própria avaliação *objetiva*, relativa ao valor do objeto do descaminho ou à aceitação social de sua prática.¹⁸

Reconhecer essa faceta objetiva da insignificância parece algo coerente com o princípio do “Direito Penal do fato”, segundo o qual a gravidade de uma infração deve ser buscada na própria conduta, e não em seu autor ou em fatos pregressos.

Isso posto, basta um olhar crítico sobre muitos julgados que tratam da aplicação do princípio da insignificância em termos de culpabilidade para se perceber que, ao serem incorporados, na análise da lesividade *da conduta*, elementos como a consciência de ilicitude do autor ou sua periculosidade, muitos juízes brasileiros vêm confundindo a reprobabilidade pessoal do agente com insignificância do fato em si. Tal erro teórico, se levado a cabo, pode ser muito perigoso, porque acabaria por afastar a insignificância quando o acusado fosse, por exemplo, reincidente, ainda que sua conduta seja absolutamente irrelevante, se vista sob um aspecto objetivo.¹⁹

Percebe-se que uma formulação dogmática do princípio da insignificância, feita em termos de exclusão de culpabilidade, tende a não respeitar uma importante dimensão interna de nosso sistema jurídico, restringindo excessivamente a incidência da ideia de insignificância, posto que insere em sua avaliação considerações sobre a personalidade do agente, que acabam funcionando como limitação indevida de sua aplicação.²⁰

Essas considerações nos levam à conclusão preliminar de que a insignificância parece ser mais bem processada quando analisada *objetivamente* como característica *da conduta*, e não subjetivamente como questão relativa à culpabilidade e à reprobabilidade do autor. Obviamente, a necessidade concreta de pena não pode ser descartada do rol de considerações a serem feitas no processo de imputação penal. Contudo, fixar a atenção apenas sobre esse ponto e construir o princípio da insignificância apenas em torno da culpabilidade parece trazer mais desvantagens do que vantagens. Por isso, talvez seja mais adequado optar por uma concepção de insignificância que afete o próprio *status* do fato como crime e não apenas a necessidade concreta de sua punição.

Uma das formas de se conceber tal modelo seria entender o princípio da insignificância como *causa de justificação capaz de excluir a antijuridicidade da conduta*.

Sabe-se que, enquanto o juízo de tipicidade analisa se determinada ação se molda à descrição das condutas proibidas pela lei penal, o juízo de antijuridicidade serve para determinar se o fato típico se encontra ou não justificado pelo Direito. Dado que as leis penais não são compostas apenas de normas proibitivas, elas também possuem regras permissivas (as chamadas “causa de justificação”), é somente após o confronto com essas últimas que podemos dizer se a ação humana, quando típica, é também antijurídica, configurando um injusto típico (Prado, 2009, p. 218ss). Para expressar isso com um exemplo: aquele que mata em legítima defesa, ou o policial que prende em flagrante o delinquente, embora cometam um fato típico, não praticam um crime, por não haver em suas ações efetiva ilicitude.

Quando transposto para esse plano, o princípio da insignificância consistiria em uma circunstância capaz de *justificar* a ação típica praticada no caso concreto,²¹ assim como ocorre, por exemplo, com um comportamento realizado em estrito cumprimento de dever legal. Uma ação, por se adequar perfeitamente à descrição de uma norma penal, poderia ser vista como típica; contudo, por sua irrelevância objetiva, se poderia dizer que ela seria justificada, não constituindo, portanto, uma ação antijurídica.

De pronto, essa formulação teria a mérito de afastar os equívocos de uma insignificância pensada a partir da culpabilidade, posto que o que estaria em jogo não seria mais a reprobabilidade pessoal do autor, mas a lesividade objetiva da conduta em questão. Com isso, restaria respeitado o princípio do “Direito Penal do fato”, e considerações sobre a eventual situação reprovável do acusado não teriam o condão de afastar a insignificância objetiva de sua conduta.

Não obstante esse mérito, alguns problemas sistemáticos derivados dessa concepção surgem de pronto. A primeira dificuldade em se tomar a insignificância como causa de justificação está vinculada ao fato de que, por constituir *circunstância permissiva*, a atuar de forma excepcional sobre a ilicitude no caso concreto, toda causa de justificação deve estar prevista, com seus requisitos elementares, em lei, de modo a condicionar sua aplicação ao respeito de determinados critérios básicos (Reale Júnior, 1998, p. 220).

Por exemplo, a causa de justificação denominada legítima defesa (art. 25, CP), exige, para sua configuração, a ocorrência de agressão injusta, atual ou iminente, da mesma forma como a o chamado estado de necessidade (cf. art. 24, CP)²² exige, para sua aplicação, a ponderação entre dois bens jurídicos, de modo que a violação do bem afetado possa ser tida como justificável por conta da preservação do bem de quem realizou a conduta típica. Somente deste modo – verificar a ocorrência de cada um dos elementos constitutivos das causas de justificação –, é possível garantir que a exclusão de ilicitude de uma conduta seja compatível com o princípio da legalidade.

No entanto a vinculação do princípio da insignificância ao plano da antijuridicidade traria consigo um paradoxo: por um lado, se tomada como causa *supralegal* de

justificação, teríamos uma violação do princípio da legalidade em matéria penal, que não seria respeitada quando da referência a uma circunstância permissiva excepcional não prevista em lei. Por outro lado, se, ao tentar evitar esse problema, lutássemos pela positivação da insignificância, tornando-a uma causa *legal* de justificação, correríamos o risco de limitar, mais uma vez, o âmbito de incidência desse princípio, pois estaríamos condicionando sua aplicação a uma série específica de requisitos presentes em cada uma das previsões de causas de justificação.

Basta pensar em como seria excessivamente restritivo considerar insignificante apenas condutas que sirvam para repelir agressão injusta, atual ou iminente (nos termos da justificação por legítima defesa), ou apenas condutas praticadas em estrito cumprimento do dever legal (cf. art. 23, III, CP). Se formulássemos o princípio da insignificância dessa maneira, teríamos de aceitar que ele poderia ser tratado apenas como *exceção* ao juízo de tipicidade, o que o tornaria sujeito a uma forte barreira legal, na forma de requisitos necessários à justificação do fato em tela, e inviabilizaria sua aplicação em uma ampla gama de casos.

Ligado a isto, há ainda outro problema a ser levado em conta, talvez mais grave. Sabe-se que, ao contrário do que acontece com o juízo de tipicidade, que apenas valora a conduta sob o prisma do Direito Penal, o juízo de antijuridicidade diz respeito à avaliação da conduta perante o *Direito como um todo*. Vale dizer, uma conduta, como fato ilícito antijurídico, mostra-se não apenas como violação jurídico-penal, mas como “contradição da totalidade do ordenamento” (Welzel, 1969, p. 51-52). Disso decorre, a *contrario sensu*, que a incidência de uma causa de justificação não apenas afeta o significado *penal* da conduta, mas a torna *lícita* para todos os ramos do Direito. É essa a razão de ser do artigo 65 do Código de Processo Penal, segundo o qual “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

Disso decorre que uma ação justificada é tida como correta frente a qualquer outro ramo do Direito, o que torna inviável não apenas a reprimenda penal, mas também qualquer tipo de resposta estatal à conduta praticada. Dito com um exemplo: um dano culposo, por ser atípico, não pode ser penalmente imputado, mas ainda pode ser base de uma responsabilização civil ou administrativa; já um dano justificado por legítima defesa não poderia, porque a exclusão de sua antijuridicidade o torna correto e adequado perante todo o ordenamento.

Ora, se aceitarmos a formulação da insignificância como causa de justificação, estaríamos correndo o risco de submeter esse princípio ao crivo de uma série de restrições em relação à sua aplicabilidade legal (tal como já mencionado), e ainda correríamos o risco de atribuir à sua aplicação consequências jurídicas excessivamente poderosas. Assumir que uma conduta penalmente insignificante não seja base para uma condenação criminal é importante, mas isso não requer a necessidade de tomá-la como algo

absolutamente aprovado pela totalidade do ordenamento, tornando impossível, no limite, qualquer tratamento civil ou administrativo para a questão.²³

2 A INSIGNIFICÂNCIA COMO CLÁUSULA DE ATIPICIDADE MATERIAL

Diante do exposto, parece-nos que uma formulação dogmática mais adequada para a operacionalização do princípio da insignificância deveria ser capaz de funcionar não no âmbito da culpabilidade ou no da antijuridicidade, mas no da *tipicidade* penal. Em outras palavras, a insignificância deve poder ser lida como circunstância que torna a *conduta penalmente atípica*.

Deste modo, várias das dificuldades até aqui apontadas tornam-se efetivamente superáveis. Em primeiro lugar, porque uma formulação assim concebida, por tratar exclusivamente da significância como qualidade própria da *conduta* ilícita, evita que esta dependa excessivamente de critérios pessoais de seu autor (problema esse verificável na concepção que trata esse princípio no âmbito da culpabilidade). Em segundo lugar, porque tratar a insignificância como causa de exclusão de tipicidade evita ainda que submetamos excessivamente sua aplicação aos requisitos constitutivos das causas de justificação, bem como mantém intacta a distinção entre irrelevância *penal* e irrelevância *jurídica* da conduta.

Compreender o princípio da insignificância como cláusula de atipicidade parece ser, portanto, uma saída promissora. É este, efetivamente, o modelo que vem sendo majoritariamente adotado por nossos tribunais e por nossa doutrina. No entanto, cabe notar que não existe apenas *uma* única forma de se desenhar esse instituto no plano da tipicidade jurídico-penal, sendo que perceber isso é extremamente relevante para avaliar se a forma majoritariamente aceita em nosso país é a melhor possível ou se devemos pensar em outras alternativas mais promissoras.

Pois bem. No início deste artigo, chamamos a atenção para as novas exigências que a sociedade contemporânea tem colocado sobre o pensamento dogmático. Percebe-se, nos últimos anos, que o mero raciocínio de subsunção pode produzir respostas seguras e dotadas de grande coerência sistemática, mas que isso não garante, necessariamente, a adoção de soluções mais equitativas para o caso concreto e condizentes com os valores fundantes do Direito Penal da atualidade. Por conta disso, tornou-se importante “funcionalizar” as categorias dogmáticas da teoria do delito, preenchendo-as com considerações político-criminais que tornem a aplicação das leis em matéria penal algo dotado, ao mesmo tempo, de sistematicidade e de correção valorativa.

Neste novo contexto, a categoria da tipicidade penal, que sempre foi vista como o templo em que se opera com maior intensidade o raciocínio de subsunção, passou a ser profundamente reformulada a partir dos trabalhos da escola funcionalista. Desde então, a tipicidade vem deixando de ser tomada simplesmente como plano em que se descreve abstratamente os elementos de uma conduta lesiva, passando, para

além disso, a ser vista como âmbito no qual condutas potencialmente violadoras de bens jurídicos são tratadas sob uma ótica *normativa*. Os tipos penais, assim, passam a ser analisados não apenas em seus elementos formais, sendo neles reconhecidos, também, verdadeiros conteúdos valorativos. E é por isso que muitos autores vêm afirmando que “o juízo de tipicidade imporia verificar, em um primeiro plano, a possível subsunção típica da conduta ao modelo descritivo da figura legal e, em um segundo plano, comprovar se esse comportamento adequado ao tipo também afeta um bem protegido” (Fernández, 2004, p. 160). Sob esse prisma, o tipo penal deixa de ser simplesmente uma soma de diferentes elementos objetivos e subjetivos, descritivos e normativos, passando a expressar uma efetiva *valoração* do Direito sobre a realidade regulada (Malarécé, 1992, p. 171-172; Torío López, 1989, p. 516).

Com base nessas premissas, tem se sustentado amplamente que a tipicidade penal deve ser vista sob dois aspectos cumulativos: um *formal* e outro *material*. No âmbito formal, o tipo descreveria detalhadamente que características um fato deve reunir para poder ser visto como crime; no âmbito material, por sua vez, realizaria-se um juízo de valoração orientado à restrição teleológica do tipo, com base na verificação da ocorrência ou não de lesão significativa ao bem jurídico por ele tutelado. Essa orientação seria importante porque, muitas vezes, o legislador se vê obrigado a redigir amplamente um tipo penal, fazendo com que a este se adeque uma série de condutas que é, efetivamente, pouco relevante ao Direito Penal.²⁴ Por conta disso, o problema de delimitação da conduta típica precisa poder ir além da simples análise de subsunção, realizando uma verdadeira *interpretação valorativa* com base na verificação da lesão de um bem jurídico no caso concreto.

É no espaço criado entre “tipicidade formal” e “tipicidade material” que se tem construído a formulação doutrinária dominante do princípio da insignificância em nosso País.²⁵ Tal é a popularidade dessa fórmula que ela encontrou guarida, inclusive, em uma recente Proposta de Emenda à Constituição Federal.²⁶ Tratar-se-ia, afirmam muitos, de perceber, por meio do recurso ao princípio da insignificância, que a tipicidade formal sozinha

... não satisfaz a moderna tendência de reduzir ao máximo a área de influência do Direito Penal diante do reconhecimento de seu caráter subsidiário (...). O juízo de tipicidade, para que não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou por seu reduzido dano social, deve entender o tipo também em seu sentido material, como algo dotado de conteúdo valorativo (Vico Mañas, 2003, p. 148-149).

Nesse sentido, todas as condutas insignificantes deveriam ser consideradas sistematicamente como *atípicas*, na medida em que, ainda que possam ser remetidas à

descrição formal de determinada regra penal, elas poderiam não produzir danos significativos a bens juridicamente tutelados.

Esse modelo propagado pela doutrina também vem sendo amplamente adotado pela jurisprudência, para tratar dogmaticamente o princípio da insignificância. Encontramos em nossos tribunais decisões afirmando que

... ainda que formalmente a conduta executada pelo sujeito ativo preencha os elementos compositivos da norma incriminadora, por não o ser de forma substancial, é de se absolver o agente por atipicidade do comportamento realizado, porque o Direito Penal, em razão de sua natureza fragmentária e subsidiária só deve intervir, para impor uma sanção, quando a conduta praticada por outrem ofenda um bem jurídico considerado essencial à vida em comum.²⁷

Nessa esteira, afirma-se correntemente que “as preocupações do Direito Penal devem se atear aos fatos graves, aos chamados espaço de conflito social, jamais interferindo no espaço de consenso. Vale dizer, a moderna Criminologia sugere seja ela a *ultima ratio* da tutela dos bens jurídicos, a tornar viável, inclusive, o princípio da insignificância, sob cuja inspiração e persecução penal deve desprazer o fato típico de escassa ou nenhuma lesividade.”²⁸

Essa formulação ganhou aceitação ampla, sendo acatada, inclusive, por diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. No STJ, um de seus principais acórdãos sobre o tema sustenta, diante de um caso de furto bagatela, que, “embora a conduta do paciente – furto simples – se amolde à tipicidade formal e subjetiva, está *ausente no caso a tipicidade material*, que consiste na relevância penal da conduta e do resultado típicos em face da significância da lesão produzida no bem jurídico tutelado pelo Estado”.²⁹ No STF, um dos julgados mais influentes sobre o princípio da insignificância na Corte – feito sobre o HC n. 84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello – sustenta, diante de uma infração irrelevante do bem jurídico propriedade, que “o princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade, tendo o sentido de *excluir a própria tipicidade penal*, examinada na perspectiva de seu caráter material” (grifo nosso).

A lista de acórdãos que seguem esse raciocínio poderia se estender longamente pelas páginas deste artigo, sendo que, pelo espaço restrito de que dispomos, manteremos como uma amostra representativa o que foi exposto até agora.

E como devemos avaliar essa tese? Inicialmente, devemos reconhecer os méritos dessa formulação. Ao tornar o juízo de tipicidade uma avaliação que extrapola o mero raciocínio de subsunção, o princípio da insignificância traz a vantagem de exigir do intérprete uma valoração da conduta no caso concreto, sobre o prisma de sua relevância jurídica e social. Esse modelo tende a dar um tratamento sistemático e

valorativamente mais adequada a casos em que a conduta, embora esteja descrita em uma norma jurídica, não deveria ser objeto de sanção penal, dada sua insignificância jurídico-social. Dessa forma, surge a possibilidade dogmática de se restringir, efetivamente, o alcance teleológico dos tipos penais, garantindo-se assim um exercício mais racional e menos evasivo do poder punitivo (Roxin, 2005, p. 298-299).

Ainda que alguns objetem que, com esta relativização da importância do raciocínio subsuntivo, perderíamos em segurança jurídica quando da aplicação das normas penais,³⁰ acreditamos, na esteira de Guzmán Dalbora, que “estes são os riscos ínsitos a toda operação de valor, tão importante para um fenômeno tipicamente cultural como o é o Direito” (Guzmán Dalbora, 1996, p. 82). Além disso, nunca é demais lembrar que um apriorismo legalista, se pode ser fonte de suposta segurança jurídica, também pode se mostrar como o avesso da legitimidade (Silveira, 2010, p. 193). Diante desse quadro, a tentativa de reformulação da categoria da tipicidade merece, sim, ser incentivada, pois ela é capaz de trazer consigo importantes considerações político-criminais para uma dogmática penal que pretende operar sob o prisma da ideia de *ultima ratio*.

Surge, contudo, a seguinte questão: A separação dessa categoria em dois âmbitos cumulativos – um formal e outro material – seria efetivamente a forma mais adequada de dar vazão a esses propósitos? Seria essa a melhor forma de operacionalizar o princípio da insignificância no plano da tipicidade?

Se, por um lado, parece claro que a restrição interpretativa do tipo orientada ao bem jurídico, feita através da ideia de tipicidade material, tende a afastar sensivelmente o Direito Penal de uma série de condutas irrelevantes, por outro, essa mesma fórmula parece estar na base de relevantes equívocos cometidos na aplicação prática do princípio da insignificância em nossos tribunais. Isso porque, como se verá a seguir, se do que se trata é de cindir o juízo de tipicidade em dois planos, colocando-os como necessários e consecutivos, acabamos construindo para os aplicadores do Direito Penal amarras cognitivas muito problemáticas. No âmbito deste artigo, é impossível analisar todas elas em detalhe, motivo pelo qual mencionaremos, brevemente, apenas dois exemplos ilustrativos.

O HC 97.190-GO, julgado recentemente pelo STF, relatado pelo Min. Dias Toffoli, partiu da amplamente aceita formulação da insignificância como causa de atipicidade material, para analisar a admissibilidade de sua aplicação ao crime de roubo qualificado (art. 157, §2º, II, CP). Nessa decisão, o Supremo manteve a condenação de cinco anos e quatro meses de prisão para o autor de um roubo de valor irrisório, sob a seguinte alegação:

... o crime de roubo se caracteriza pela apropriação do patrimônio de outrem mediante violência ou grave ameaça à sua integridade física ou psicológica. Trata-se, portanto, de *crime complexo, que protege outros bens além do patrimônio, de forma que a*

violência ou a grave ameaça não podem ser consideradas de menor relevância, configuradora do delito de bagatela (grifo nosso).

Com base nesse raciocínio, e mesmo tendo o objeto furtado valor de apenas R\$ 3,45, o Supremo negou aplicação do princípio da insignificância ao caso, afirmando que, em um crime como o roubo, estariam em jogo também outros bens jurídicos igualmente importantes, ao lado do patrimônio, o que inviabilizaria o reconhecimento da insignificância para a hipótese em tela.

Se essa decisão pode parecer razoável à primeira vista, quando a olhamos mais de perto uma pergunta fica suspensa no ar, não sendo enfrentada por nenhum dos ministros no acórdão: Ainda que aceitemos que a integridade física ou psicológica não tenha, no caso concreto, sido atingida de forma insignificante, não seria razoável pensar na *desclassificação* do crime, tratando-o não mais como um roubo qualificado, mas como mera ameaça (nos termos do art. 147, CP). Não seria essa a melhor atitude a ser tomada, caso se reconheça que a lesão ao patrimônio não foi efetivamente relevante no caso? O que impede o aplicador de desenvolver essa tese?

Essa inquietação surge também quando analisamos outro julgado do Supremo. No HC n. 90.125-5-RJ, de relatoria da Min. Ellen Gracie, tratava-se de caso em que um militar apanhado com ínfima quantidade de maconha alegava a atipicidade material de sua conduta, com base na ideia de que, dada a irrelevante lesão à saúde individual verificável pelo uso do entorpecente no caso concreto, sua ação não deveria ser enquadrada no artigo 290 do CPM.³¹ O Tribunal negou provimento ao pedido, afirmando que

a conduta do acusado não deve ser enxergada apenas dentro da esfera de sua individualidade. Muito pelo contrário, [entende-se] que tal fato atingiu todo o corpo social, abrangendo-se tanto a coletividade quanto as instituições militares (...) o que torna a conduta do acusado de muito maior potencialidade lesiva.

Tomada nesses termos, também a conduta em questão era vista como espécie de “crime complexo”, na medida em que, nos dizeres da relatora do caso, “além de atingir a saúde pública, também possui como objeto jurídico reflexamente o dever militar e os próprios princípios norteadores das instituições militares, que são a hierarquia e a disciplina”. O Supremo entendeu que não seria aplicável à hipótese o princípio da insignificância, dado que a relevância da conduta não poderia depender apenas da sua potencialidade lesiva frente à saúde do policial militar.

Também aqui nos deparamos com nova dificuldade. Se trata-se de reconhecer que não houve lesão expressiva à saúde pública, dada a quantidade ínfima de droga apreendida, não caberia uma expressiva redução de pena ao caso, ou mesmo uma desclassificação do crime para o delito de desobediência, capitulado no artigo 301 do

CPM³² e alvo de sanção muito mais branda. O que teria impedido essa razoável alternativa à solução tomada?

A nosso ver uma possível fonte para compreender as decisões desses casos, longe de ser buscada apenas nos valores subjetivos dos seus relatores, poderia ser encontrada na própria forma como o princípio da insignificância é concebido sistematicamente por nossos tribunais superiores. Explicamo-nos.

Como vimos, a fundamentação do princípio da insignificância, tal qual adotada pela jurisprudência nacional dominante, o toma como uma cláusula de *atipicidade material*. Nesse sentido, a descrição formal do tipo penal pode corresponder ao fato em tela, mas este pode não atingir significativamente o bem jurídico protegido pela norma.

Ao se formular a questão nesses termos, acabamos partindo de *um sistema de delito de caráter duplo*: de um lado, na tipicidade formal, opera-se um momento estritamente *descritivo*, em que a subsunção serve à definição da figura-base para avaliação do fato punível; de outro, na tipicidade material, opera-se um momento *normativo*, em que o âmbito de aplicação da figura formalmente descrita é reduzido teleologicamente a partir de uma valoração orientada pelo bem jurídico protegido pelo tipo penal em tela.

Os casos retratados parecem evidenciar que, se partimos desse sistema híbrido, formulado por juízos descritivos e normativos, acabaremos por realizar uma sensível *limitação* à funcionalização do conceito de tipicidade, na medida em que seu momento normativo está restrito a atuar somente *após* o momento descritivo, isto é, como mero complemento deste.³³ Trata-se, como já apontado, de uma “correção normativo-valorativa” sobre a o juízo descritivo-subsuntivo realizado no âmbito da tipicidade formal.

Tomado nesses termos, o princípio da insignificância acabaria por atuar apenas em um momento posterior ao estabelecimento da tipicidade formal,³⁴ ou seja, primeiro define-se que se trata do tipo penal X e não do tipo penal Y, para então se decidir se houve ou não ataque ao bem jurídico por ele protegido. O juízo descritivo, que avalia os termos formais da verificação da tipicidade, limitaria o espaço de atuação do juízo normativo. Em outras palavras, o raciocínio de subsunção, nesse modelo, não desapareceria, ele seria apenas e tão somente mitigado por um juízo de tipicidade material.

Isso fica evidente quando Zaffaroni exemplarmente afirma que a tipicidade formal constitui elemento “indispensável à verificação da tipicidade objetiva, ainda que não suficiente” (2002, p. 484); e quando Roxin, ao discutir o papel do juízo de subsunção em seu sistema, afirma que

... na interpretação das normas penais, esse tipo de raciocínio [de subsunção] possui determinada função, que é inclusive fundamental para a realização dos princípios da taxatividade e da segurança jurídica [sendo] uma questão ulterior aquela referente ao conteúdo de cada um dos tipos

penais, [ao] o valor protegido por cada uma das figuras delitivas (Roxin, 1970, p.23).

Nessa esteira, Luiz Flávio Gomes recentemente deu voz a essa concepção problemática de modo particularmente cristalino, ao sustentar que “o juízo de tipicidade penal, *além de significar a mera subsunção formal da conduta à descrição legal*, tem um conteúdo material (...) desde o ponto de vista teleológico do bem protegido” (2009, p. 98, grifo nosso).

Se partíssemos desse modelo para aplicar o princípio da insignificância, por exemplo, ao caso de porte de entorpecente por militar, acabaríamos aceitando que se trata de um caso em que houve, formalmente falando, violação da saúde individual e também da moralidade militar, sendo assim, o critério normativo da tipicidade material poderia excluir apenas a relevância penal *de toda* a conduta, mas não poderia reformar *parte dela* e gerar uma desqualificação daquilo que foi determinado descritivamente.

Ao ser tomado como cláusula de atipicidade material, esse tipo de formulação da insignificância acabaria restringindo excessivamente o âmbito de atuação desse princípio, implicando uma forte limitação do espaço argumentativo do julgador. Isso se mostra claramente em casos de crimes complexos. Fruto de um modelo de teoria do direito, que acredita que o material jurídico se forma também por subsunção (no sentido de que o crime se declara, e não se constrói), o juízo de tipicidade material acaba incidindo sobre um fato “já dado”, por exemplo, o delito de roubo como fato,³⁵ declarado pela correspondência formal entre realidade e norma.

O princípio de insignificância, construído dessa forma, parece capaz apenas de “anular” algo que já está formalmente determinado. Assim, mesmo se o bem jurídico “propriedade” não é afetado, mas o “integridade física” sim, a descrição formal se mantém, e o máximo que este tipo de teoria consegue fazer é servir de argumento para uma fixação de pena perto do mínimo base. A desqualificação do crime, por sua vez, somente poderia ser proposta se a totalidade do juízo de tipicidade formal pudesse ser derrubada normativamente no plano material, o que apenas ocorreria se nenhum dos bens jurídicos do crime complexo tivesse sido relevantemente atingido. Em todos os demais casos, se partimos desse modelo, acaba-se tendo que afirmar a impossibilidade de aplicação da insignificância, posto que esta, por ser vista como mero “momento normativo” que incide como forma de relativizar o “momento descritivo”, não tem o condão de vencer as barreiras impostas por aquilo que foi determinado pelo juízo de subsunção do tipo.

Esta impossibilidade de se pensar em rever o juízo de tipicidade formal fica muito clara no HC 97.190-GO, supramencionado. Nesse julgado, mais de uma vez, os ministros, durante debate, se viram na impossibilidade de conceber o caso como uma hipótese de crime de ameaça, dada a irrelevância da violação ao patrimônio vislumbrada. A confirmar nossa hipótese de maneira exemplar, em dado

momento dos debates (fls. 337), o Min. Marco Aurélio afirmou categoricamente: “a grave ameaça, no caso, não é o tipo em discussão”, com o que concordou a Min. Carmen Lúcia: “realmente não é”. Diante disso, por não vislumbrarem uma reformulação normativa global do juízo descritivo, nada mais restou ao relator além de concluir que “o ato foi praticado (...) mediante grave ameaça. Evidentemente, aqui não é furto, é roubo”.

Esses exemplos reais evidenciam a problemática limitação cognitiva que a compreensão majoritária do princípio da insignificância impõe ao raciocínio dos julgadores. Parece claro que precisamos encontrar fórmulas alternativas à ideia de atipicidade material, para que a operacionalização desse princípio possa ser feita em casos como os discutidos aqui, sem que, com isso, seja necessário deixar de aplicá-lo aos casos que hoje já são resolvidos com o arsenal dogmático de que dispomos.

A seguir, apresentaremos, em linhas gerais, uma alternativa.

3 NORMATIVIZAÇÃO RADICAL DA CATEGORIA TIPICIDADE: UMA POSSÍVEL SAÍDA

Como apontado, a formulação majoritariamente aceita do princípio da insignificância, embora seja de grande valia para afastar do Direito Penal muitos casos de pouca ou nenhuma relevância, está enfrentando dificuldades em situações nas quais são necessárias avaliações mais complexas acerca da lesividade social da conduta. Citaremos dois casos de crimes complexos em que, a partir deste modelo dogmático, tem de se sustentar a impossibilidade de aplicação do princípio ora debatido.

Essas dificuldades, que não são as únicas derivadas dessa formulação, guardam raízes profundas no modelo de teoria do delito nela pressuposto. Seus partidários partem de um padrão cognitivo que não leva a cabo todo o potencial da funcionalização das categorias dogmático-penais, posto que enxergam o sistema do delito como um híbrido de juízos descritivos e normativos, de subsunção e de valoração político-criminal. No plano da tipicidade, isso produz a cisão entre o plano formal e o plano material, acarretando uma forte limitação no âmbito de incidência do princípio da insignificância em casos difíceis.

Essa concepção, dominante, parece-nos equivocada porque trata a avaliação sobre a relevância social da conduta em um momento *posterior* ao da verificação do fato como (formalmente) típico, e cai no erro de conceber a relevância penal do comportamento como mero “critério de correção”, e não como *ferramenta hermenêutica geral* para conduzir a própria determinação da tipicidade.

Uma abordagem que busque evitar essas dificuldades deveria ser capaz de operar fora desse padrão híbrido de teoria do delito. Ou seja, ter-se-ia que abrir mão de uma concepção de delito que mistura subsunção e valoração, partindo, então, para uma adoção de uma dogmática pensada como *teoria da imputação*. Explica-se.

Nesse modelo, formulado de maneira global por pensadores como Günther Jakobs e Heiko Lesch, a sociedade é *comunicação*, configurada através de normas. Estas, por sua vez, são esquemas de interação que, de forma generalizada, estruturam uma rede de expectativas. Ao contrário do que acontece com as regras da natureza, as regras sociais necessitam de um mecanismo que garanta sua validade, caso venham a ser desrespeitadas. Dito com um exemplo, ainda que um indivíduo tenha a expectativa de não ser agredido sem qualquer motivo, existe sempre a possibilidade de ocorrência de um fato que vá contra tal expectativa, frustrando-a, quando se comete uma lesão corporal. Diante disto, a tarefa do Direito é garantir que tal expectativa se mantenha como legítima, sem que ela se adapte (ou seja, sem que ela seja tomada, por seu detentor e por toda a sociedade, como uma expectativa equivocada). Em poucos termos, ao Direito cabe garantir expectativas.³⁶

No que diz respeito estritamente ao Direito Penal, esse modelo normativista entende que a função das normas penais é garantir apenas e tão somente aquelas normas cuja observância mostra-se irrenunciável para a manutenção da configuração básica da sociedade. Em vista disso, surgiria a pena, que comunica à sociedade como um todo que o infrator, ao afrontar uma expectativa normativa básica da sociedade, terá *seu ato entendido como comunicação defeituosa* – como algo que não será admitido e será tomado como *delito* (Jakobs, 1995, p. 844). Por meio da imposição da pena, “*o delito cai marginalizado na comunicação*” (Jakobs, 2003, p. 51), mediante a declaração institucional de que seu conteúdo não representa uma alternativa aceitável de comportamento, e de que a ordem mantém-se digna de gerar expectativas que se apoiem nela. “Também a pena significa algo, vale dizer, que o significado do comportamento do infrator não é determinante e que o que segue valendo é a norma” (Lesch, 2003, p. 97ss).

Partir desta concepção de Direito Penal, longe de ser um mero jogo de palavras, traz consequências importantes para a construção da dogmática jurídica. Em primeiro lugar, porque ele implica aceitar que os direitos e deveres em sociedade não estão dirigidos a indivíduos (isto é, a um complexo determinado por características psicofísicas), mas sim a destinos construídos comunicativamente, ou seja, a *peçoas*. Isso significa, portanto, que elas não são algo dado pela natureza, mas sim uma construção social que é tomada como titular de direitos e deveres.

Sobre essa base está uma tese muito forte: o mundo normativo – objeto das regras jurídicas – trabalha efetivamente sobre as realidades *física* e *psíquica*, mas o sistema jurídico decide autonomamente quais processos dessa realidade serão *relevantes* para a comunicação social, bem como qual significado preciso cada fenômeno possui. No plano da dogmática, isso faz com que os conceitos da teoria do delito, constantemente tomados como processos puramente psíquicos (dolo, imprudência) e físicos (causalidade, resultado empiricamente constatável) passem por um processo de *normativização radical*. Neste modelo,

... não apenas os conceitos de ação e de culpabilidade, mas também outros situados em um nível bem menor de abstração devem deixar de expressar uma determinada essência pré-jurídica, para então se converterem em conceitos sobre os quais nada se pode dizer sem que seja feita referência à função do Direito penal na sociedade (Jakobs, 1991, p. VII).

Vistas sob essa óptica, as categorias da teoria do delito são tomadas pelo funcionalismo normativista como meros *estágios de um processo de imputação* através do qual se torna possível determinar se um dado comportamento expressa uma violação à vigência das regras do Direito Penal.

Posta a questão da responsabilidade nesses termos, deixamos de estar diante de uma teoria do delito, para operar a partir de uma *teoria da imputação*: não se trata de construir categorias e preenchê-las de conteúdo, a fim de extrair delas uma definição de delito (como acontecia com a ideia de tipicidade material), trata-se de fornecer uma estrutura que sirva de orientação ao processo de valoração acerca da danosidade social de um comportamento.

Isso implica perceber o delito como um fenômeno construído *no próprio processo de imputação*, e não como algo anterior a ele. Significa, por exemplo, perceber que o juízo de tipicidade se formula *depois* da avaliação sobre a lesividade social da conduta. Se anulamos a divisão entre “juízo descritivo” e “juízo normativo”, conseguiremos garantir que a importância do princípio da insignificância não fique reduzida à cisão entre tipicidade formal e tipicidade material, fruto de tantos desconfortos dogmáticos. Se a tipicidade é vista como um dos estágios de verificação do que é um comportamento violador da norma, a própria pergunta “qual é a norma em jogo?” só pode ser respondida *durante* a avaliação da lesividade da conduta – nunca antes. Assim, mais concretamente, caso se perceba, durante o julgamento, que o objeto subtraído é de pouca monta, isso deve surtir efeito direto sobre a própria norma violada. Afinal, se a lesão do patrimônio não é relevante, isso deve ser algo a ser avaliado antes mesmo de se determinar que se trata, “formalmente falando”, de um roubo.

O mesmo vale para outros crimes complexos, cuja avaliação acerca da tipicidade formal impedia a aplicação setorial de juízos normativos excludentes de responsabilidade penal. Nesses e em outros casos, se uma parcela da conduta não pode ser normativamente vista como lesiva, então isto deve gerar impacto na própria escolha da figura típica a ser pautada na inicial acusatória, o que significa aceitar que, nestas hipóteses, a desclassificação do crime de roubo para o crime de ameaça (ou a de porte de entorpecentes por militar para o de desobediência militar) não apenas seria possível, como também seria a absolutamente consequente com a avaliação sobre a tipicidade penal da conduta.

Se assumimos, portanto, a tarefa de partir de uma verdadeira teoria da *imputação* penal, o princípio da insignificância deixará de ter um mero papel corretivo, para

então se tornar um instrumento de suma importância no processo de imputação, capaz de determinar globalmente *o que é* um fato típico.

Obviamente, não é possível analisar aqui os detalhes dogmáticos de como esse juízo se constrói em toda sua especificidade.³⁷ No entanto, acreditamos que levar a sério as linhas gerais dessa alternativa constitui um primeiro e importante passo na busca por melhores formas de se desenhar o princípio da insignificância de aplicá-lo em nossos tribunais, contribuindo, assim, para um Direito menos irracional e arbitrário, e também mais justo e seguro na seara penal.

: ARTIGO APROVADO (01/06/2012) : RECEBIDO EM 11/06/2011

NOTAS

Agradeço imensamente a Leonardo Rosa, que, por sua curiosidade e sua inteligência, ter me feito pela primeira vez a pergunta que deu início às presentes reflexões. Agradeço, ainda, a Renato Silveira e a Marta Rodriguez de Assis Machado, pelos muitos diálogos que se manifestam expressamente (e também nas entrelinhas) de muitas das passagens deste artigo. Agradeço, por fim, a Heloisa Estellita, por ter – com a gentileza de sempre – feito comentários extremamente pertinentes à versão inicial deste texto.

1 O parecer constante dos autos n. 031.08.500055-9 é de autoria Flávio Gomes da Costa, promotor de Justiça pelo Ministério Público de Alagoas, e foi dirigido ao juiz de Direito da comarca de Porto de Pedras em 03/06/2009. Tratava-se de um caso em que três pessoas foram acusadas de furtar cocos no valor de R\$ 69,00, valor ínfimo que levou a promotoria a pedir pela não intervenção penal sobre o fato.

2 Pode-se afirmar que foi a partir do Iluminismo que a questão acerca da legitimidade do exercício do poder punitivo foi posta como problema científico. De fato, foi a partir do declínio da sociedade fundada na tradição de obediência ao soberano e da consequente necessidade de re-fundamentação da convivência humana que a legitimação do Estado pôde se tornar objeto de discussão teórica. O modelo contratualista desenvolvido no Iluminismo tomou para si a tarefa de dar nova fundamentação à ordem social, não mais assentada na tradição, mas sim no acordo que todos os homens firmam em nome da convivência mútua. Por não ser mais encarado como fruto da vontade divina ou da “ordem natural das coisas”, mas sim como *artifício* dos homens, tornou-se necessária a formulação de modelos que, por um lado, legitimassem e, por outro, limitassem o exercício do poder estatal. Em consequência, também o Direito Penal, considerado o instrumento mais drástico de intervenção disponível para o Estado, passou a ser objeto de reflexão e de problematização (ver Schünemann, 2007, p. 10).

3 A frase, de suma importância na história do Direito Penal e representativa do pensamento clássico sobre a função da dogmática jurídica, é de Listz (1905, p. 80).

4 Apenas para exemplificar como essa postura é comum tanto no causalismo, já mencionado em Listz, quanto no finalismo, vale mencionar a forma como Hans Welzel inicia a última edição de seu Tratado: “A ciência do Direito Penal tem por razão a *aplicação igualitária da atividade jurisdicional*, pois apenas esta compreensão sobre as relações internas do Direito leva a Jurisdição para além do acaso e do arbítrio” (cf. Welzel, 1969, p. 1-2, grifo nosso).

5 Conceber o Direito Penal como *ultima ratio* significa, segundo Prittwitz, perceber que ele não pode servir simplesmente *ao lado* de outros instrumentos menos drásticos de controle social, devendo, pelo contrário, por conta das severas consequências ligadas à imposição de uma pena, ser usado apenas e tão somente quando todas as demais formas de intervenção já tiverem falhado na regulação de um determinado fenômeno (cf. Prittwitz, 1995, p. 393-394). Há uma tradução em espanhol, publicada na coletânea *La Insostenible Situación del Derecho penal*, Granada: Editorial Comares, 2000].

6 Como será apontado adiante, essa forma de conceber o princípio da insignificância como mero corretivo político-criminal, sem qualquer respaldo em critérios sistemáticos, pode ser vista como uma das raízes de decisões que, ao discutirem esse princípio, acabam violando princípios sistêmicos como o do “Direito Penal do Fato” e o princípio da culpabilidade.

7 Esse é um dos mais profícuos pressupostos metodológicos do chamado movimento Funcionalista inaugurado na década de 1970 pelo pensador alemão Claus Roxin. A citação foi extraída do artigo considerado o manifesto fundador dessa escola (cf. Roxin, 1970, p. 10).

8 Deixaremos de lado a possibilidade de pensar o princípio da insignificância por meio da própria categoria “ação”, tomada em nível pré-tipicidade. Essa opção se justifica duplamente: por um lado, porque não se tem notícia, no debate nacional, de qualquer posição doutrinária ou jurisprudencial que operacionalize esse instituto por meio dessa categoria, fato que, por si só, já é capaz de diminuir o interesse em tratar dele neste artigo. Por outro lado, nunca é demais lembrar que a categoria da ação, na dogmática penal da atualidade, vem perdendo sensivelmente sua importância teórica, posto que, cada vez mais, se percebe a falta de necessidade de tratar separadamente de um conceito extrajurídico de ação quando, para a imputação jurídico-penal, o determinante sempre é a ação injusta, isto é, dotada de algum sentido jurídico mínimo, seja com o atributo de ação típica, seja com o de ação antijurídica, seja com o atributo de ação culpável.

9 Autos n. 124/2003, Juiz Rafael Gonçalves de Paula, 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, 05/09/2003.

10 Disponível em: www.vakilno1.com/bareacts/indianpenalcode/indianpenalcode.htm.

11 Disponível em: [www.jusline.de/Strafprozessordnung_\(StPO\)_Langversion.html](http://www.jusline.de/Strafprozessordnung_(StPO)_Langversion.html).

12 Extraído pela maioria da doutrina da regra constante do art. 42 do CPP, cuja violação, inclusive, pode ser base para condenação criminal por prevaricação do promotor que a essa regra desrespeitar (para detalhes, ver Tourinho Filho, 1999, p. 324ss).

13 Devo essa observação a uma aula ministrada por Marta Rodriguez de Assis Machado, professora de Direito Penal da Direito GV, SP.

14 “Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.”

15 Ver, neste sentido, ainda que negando aplicação da insignificância no caso concreto, a Ação Criminal n. 2007.050.00395, julgada a 12/06/2007 pelo TJRJ, 1ª Câmara Criminal, Rel. Moacir Pessoa de Araújo.

16 Sobre a relação entre atribuição de culpa e necessidades preventivas, ver, sobretudo, Roxin, 1981, p. 57-92.

17 “Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

18 Assim reconhece o TRF 2ª Região, no julgamento da ACR n. 96.02.24262-0. In: DJU 16/05/2000, assim ementado: “Penal. Apelação criminal. Descaminho. Apreensão de mercadorias em pequena quantidade e de pequeno valor. Princípio da insignificância. 1. Embora a conduta se enquadre na norma contida no artigo 334, §1º, d, do Código Penal, o Direito não pode se restringir apenas ao formalismo da lei, sendo, portanto, coerente a proximidade de sua interpretação com a nossa realidade social. 2. O direito penal tem como objetivo a proteção qualificada de bens jurídicos, atuando quando os instrumentos oferecidos por outros ramos do direito, não se apresentam suficientes a reprimir determinada conduta, e também, quando a lesão ao bem

jurídico é realmente grave. 3. De acordo com o laudo merceológico, verifica-se que foram apreendidas mercadorias em pequena quantidade e de pequeno valor, sendo certo que a jurisprudência é orientada no sentido da irrelevância do procedimento”.

19 Esse erro, perigoso para um “Direito Penal do Fato”, pode ser visto inclusive em julgados do Superior Tribunal de Justiça. Como exemplo, ver acórdão proferido no âmbito do HC n. 33.655-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, assim ementado: “Comprovada, nos autos, a habitualidade da conduta do paciente no cometimento do ilícito, não há como aplicar, *in casu*, em seu favor, o princípio da insignificância. Para o reconhecimento do aludido corolário não se deve considerar tão somente a lesividade mínima da conduta do agente, sendo necessário apreciar outras circunstâncias de cunho subjetivo, especialmente aquelas relacionadas à vida pregressa e ao comportamento social do sujeito ativo, não sendo possível absolvê-lo da imputação descrita na inicial acusatória, se é reincidente, portador de maus antecedentes ou, como na espécie ocorre, reiteradamente pratica o questionado ilícito como ocupação. Ordem denegada”.

20 Ver HC n. 35.800-RS, julgado pelo STJ e assim ementado: “PROCESSO PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. TRIBUTO. LEI 10.522/02. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERAÇÃO DA CONDUTA TÍPICA. PRESENÇA DO DESVALOR DA AÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. O Princípio da Insignificância incide quando, praticada conduta formalmente típica, ausente a tipicidade material ou o desvalor do resultado; 2. O caso, devido às suas peculiaridades, deve ser analisado sob a luz do Princípio da Irrelevância Penal do Fato, que, para a sua incidência, devem estar ausentes ou insignificantes não só o desvalor do resultado, como também o desvalor da ação e da culpabilidade; 3. O abuso dos postulados do minimalismo penal, através da reiteração da conduta típica descrita no art. 334 (descaminho) do Código Penal – revelando a existência do desvalor da ação –, impede a aplicação da tese da insignificância, ainda que o valor do tributo devido seja inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/02; 4. Ordem denegada”.

21 Essa formulação pode ser encontrada em vários julgados brasileiros, a exemplo do realizado na Apelação Criminal n. 72.123-MG, cuja decisão proferida em 2002 pelo TRF da 1ª Região foi assim ementada: “PENAL. ESTELIONATO. VALOR DE PEQUENA MONTA. APLICAÇÃO DE CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. I. Já se encontra consagrado, no direito penal pátrio, a aplicação do princípio da insignificância para excluir a antijuridicidade em delitos envolvendo danos de pequena monta, sob a justificativa de que não se deve usar o aparelhamento estatal repressivo em face do chamado crime de bagatela. II. Posição pessoal que se ressalva ao fundamento de que o Princípio da Insignificância, em sendo causa suprallegal de exclusão da antijuridicidade, tem aplicação excepcional e, ainda assim, só guarda relação com crimes cuja objetividade jurídica envolva a proteção do patrimônio, não sendo, segundo a interpretação pessoal, pertinente onde seu fim já motive norma legal, como sói ser o estelionato privilegiado. III. Aplicação, na espécie, do Princípio da Insignificância, na esteira de precedentes da Corte, a estelionato de pequena monta (4,77 salários mínimos)”.

22 “Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

23 Também se preocupa com esse ponto Vico Mañas (2003, p. 150).

24 Em trabalho considerado seminal para o desenvolvimento contemporâneo do princípio da insignificância, esse raciocínio foi aplicado por Roxin ao tipo penal de “coação” (*Nötigung*), previsto no §240, II, do Código Penal alemão, evidenciando, como nesse caso, a própria variabilidade de formas concretas pelas quais essa conduta pode ser realizada por um autor exige do legislador que se formule um tipo amplo, capaz de abarcar uma série de situações igualmente reprováveis. Diante disso, afirma o pensador alemão, surgiria uma necessidade premente de criar modelos dogmáticos capazes de lidar com tipos muito abrangentes, de modo que fosse possível, diante de situações que formalmente se encaixam em suas descrições, mas materialmente não afetam de modo relevante o bem jurídico “liberdade de locomoção”, restringir a aplicação do Direito Penal apenas ao estritamente necessário (para detalhes, ver Roxin, 1973, p. 185-199).

25 Conferir, por todos, Gomes, 2009, p. 73: “o fato insignificante (em razão da exiguidade da conduta ou do resultado) é formalmente típico, mas não materialmente”.

26 Referimo-nos, aqui, à PEC n. 524 de 2006, que proponha acrescentar ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 inciso segundo o qual “*não há crime quando o agente pratica fato cuja lesividade é insignificante*”, afirmando-se que “o Direito Penal somente deve agir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas. Decorre daí o princípio da insignificância, que pode ser conceituado como aquele que permite afastar a tipicidade material de fatos causadores de danos de pouca ou nenhuma importância”.

27 TACRIM, AP. n. 988.073/2, Rel. Márcio Bartoli, julgada em 03/01/1996.

28 TACRIM, AP. n. 909.871/5, Rel. Dyrceu Cintra, julgada em 22/06/1995.

29 HC n. 157.594-MG, Rel. Jorge Mussi, assim ementado: “*HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. FURTO SIMPLES. SUBTRAÇÃO DE BEM DE VALOR ÍNFIMO. CONDUTA DE MÍNIMA OFENSIVIDADE PARA O DIREITO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL. CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. TRANCAMENTO. ORDEM CONCEDIDA*. 1. O princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente. 2. Hipótese de furto de uma galinha caipira, avaliada infimamente – R\$ 10,00 (dez reais) – não havendo notícia de que a vítima tenha logrado prejuízo, seja com a conduta do acusado, seja com a consequência dela, mostrando-se desproporcional a imposição de sanção penal no caso, pois o resultado jurídico, ou seja, a lesão produzida, mostra-se absolutamente irrelevante. 3. Embora a conduta do paciente – furto simples – se amolde à tipicidade formal e subjetiva, ausente no caso a tipicidade material, que consiste na relevância penal da conduta e do resultado típicos em face da significância da lesão produzida no bem jurídico tutelado pelo Estado. 4. A existência de circunstâncias de caráter pessoal desfavoráveis, tais como o registro de processos criminais em andamento, a existência de antecedentes criminais ou mesmo eventual reincidência não são óbices, por si só, ao reconhecimento do princípio da insignificância. Precedentes deste STJ. 5. Ordem concedida para, aplicando-se o princípio da insignificância, absolver o paciente com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal”.

30 Objeção presente principalmente entre autores de base finalista, como Cerezo Mir (2007, p. 458ss). Entre nós, sustentam esse argumento, p.ex., Prado e Carvalho, 2006, p. 206.

31 Art. 290, CPM: “receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: pena: reclusão, até 5 anos”.

32 Art. 301, CPM: “Desobedecer a ordem legal de autoridade militar: Pena – detenção, até seis meses”.

33 Isso é explicitamente reconhecido por muitos partidários do princípio da insignificância como cláusula de atipicidade material da conduta (cf. Malarécé, 1992, p. 171; Torío López, 1989, p. 517; Vico Mañas, 2003, p. 149; Fernández, 2004, p. 167).

34 Expressamente assim sustenta Vico Mañas (2003, p. 148-149).

35 O mesmo raciocínio se aplica ao caso de porte de entorpecente praticado por militar, cf. art. 290, CPM.

36 A inspiração desse pensamento é a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Um resumo sobre a função do Direito para esse autor pode ser vista em Luhmann, 1981, p. 73ss.

37 Para detalhes da construção da tipicidade em um sistema penal altamente normativizado, ver Jakobs, 1991, livro 2, título 1, apartados 7-8.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARMENTA DEU, Teresa. *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1995.
- CEREZO MIR, Jose. *Obras Completas I. Derecho Penal. Parte General*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien Jurídico y el Sistema del Delito*. Buenos Aires: Julio Cesar Editores, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio. *Principio da insignificância e outras causas de exclusão de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, n. 14, v. 4, p. 41-82, 1996.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. Los puntos de partida de la dogmatica penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. XLVIII, 1995
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht - Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlim, Walter de Gruyter, 1991. (Há tradução em espanhol, intitulada *Derecho penal: parte general. Fundamentos y la teoria de la imputación*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997.)
- _____. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischen' Prinzipienendenken". Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts? In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 107, 1995. (Há uma tradução em espanhol, publicada sob o título Sociedad, norma y persona em uma teoria de un Derecho penal funcional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.)
- _____. Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention, Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung. In: *Sobre la normativización de La dogmática jurídico-penal*. Madri, Civitas, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. 1ª ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1969.
- LESCH, Heiko. Intervención delictiva e imputación objetiva. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n. 9/15.
- LISTZ, Franz von. Über den Einfluss der soziologen und anthropologen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Tomo II*. Berlim: Duncker & Humblot, 1905.
- LUHMANN, Niklas. Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung? In: *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur rechtssoziologie und Rechtslehre*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1981.
- MALARÉE, Hernán Hormazas. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido pelo Derecho Penal*. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1992.
- NAUM, Marco Antonio Rodriguez. *Inexigibilidade de conduta diversa. Causa Supralegal. Excludente de culpabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Vol. 1. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes. *Teorias da imputação objetiva do resultado. Uma aproximação crítica a seus fundamentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PRITZWITZ, Cornelius. Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima Ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger strafrechtsbeschränkung spostulate. In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT AM MAIN (Org.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995. (Há tradução em espanhol, publicada na coletânea *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares. 2000.)
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlim: Walter de Gruyter Verlag, 1970. (Há uma tradução em português, realizada por Luis Greco e publicada como *Roxin, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.)
- _____. Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht". In: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlim: Walter de Gruyter, 1973, p. 184-208.
- _____. Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistematicas juridico-penales. In: *Culpabilidad y prevención em Derecho Penal*. Madri: Editorial Réus, 1981, p. 57-92.
- _____. *Strafrecht - Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2005.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos: sobre los limites invariables del derecho penal en un Estado liberal del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch Editora, 1992.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- TORÍO LÓPEZ, Angel. Racionalidad y relatividad em las teorías jurídicas del delito. In: *ADPCP, XLII*, 1989, p. 489-520.

- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- VÁSQUEZ-ROSSI, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Montevideo: Rubinzal Editores, 1995.
- VICO MAÑAS, Carlos. Princípio da Insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude? In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlim: Walter de Gruyter, 1969.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal, Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Sociedade Anônima Editorial, 2002.

Rua Manuel da Nóbrega, n. 275, Ap. 64
Paraíso - 04001-000
São Paulo - SP - Brasil
yuriluz@usp.br

Yuri Corrêa da Luz

DOUTORANDO EM DIREITO PENAL PELA
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO