

A INSIGNIFICÂNCIA PENAL: UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS CONSTRUÇÕES JURISPRUDENCIAIS ELABORADAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

João Henrique Tavares Lopes Cardoso¹

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de interpretar criticamente as principais construções elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal para a aplicação do princípio da insignificância, à luz do referencial teórico do neokantismo penal e através da metodologia da revisão bibliográfica da doutrina juspenalista e de julgados da nossa Corte máxima. Para isso, serão analisados os critérios desenvolvidos pelos Ministros Celso de Mello e Carlos Ayres Britto, dominantes na jurisprudência do STF.

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Dogmática jurídico-penal. Teoria do Tipo Penal. Aplicação de princípios penais. Supremo Tribunal Federal.

A CRIMINAL INSIGNIFICANCE: AN ANALYSIS OF THE SUPREME COURT BUILDINGS PREPARED

ABSTRACT

This paper aims to critically interpret the main buildings designed by the Supreme Court for the application of the principle of insignificance in light of the theoretical framework of criminal neokantianism and through the methodology of literature review of doctrine and tried our utmost Court . For this, the criteria developed by the Ministers Celso de Mello and Carlos Ayres Britto, ruling in the Supreme Court case law will be analyzed.

Keywords: Insignificance principle. Criminal legal dogmatic. Application of penal principles. Federal Court of Justice.

¹ Graduando em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Email: joaohltc@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O Judiciário brasileiro há décadas reconhece e aplica o princípio da insignificância nos casos onde embora à conduta se adeque formalmente ao tipo penal, não há uma lesão ou perigo de ofensa ao bem jurídico, que é o conteúdo da dimensão material do tipo penal. Assim sendo, delimitaremos o objeto de nosso trabalho pela seguinte pergunta: *as duas principais construções jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal para a aplicação do princípio da insignificância estão conformes à dogmática jurídica penal?*

A abordagem das questões será feita a partir de uma revisão bibliográfica da doutrina brasileira sobre o princípio da insignificância, bem como de uma análise da jurisprudência do STF.

Por referencial teórico utilizado para perquirir o caminho de nossa pergunta-objeto-problema utilizamos o modelo neokantista. O neokantismo é uma escola que se originou no campo da filosofia e posteriormente foi introduzida no Direito; ela tem como premissa a separação entre ser e dever ser do direito e uma valorização deste último, e isto através da introdução da axiologia (dos valores) no direito, que passa a ser entendido como uma realidade cultural. O reflexo disto no direito penal foi o entendimento dos institutos jurídicos penais como conceitos valorativos.

Como resultado, busca-se demonstrar que a insignificância deve ser compreendida a partir da perspectiva da Teoria do Tipo Penal, o que permite a sua aplicação de forma adequada, excluindo da sua análise a antijuridicidade e a culpabilidade, bem como quaisquer outros fatores alheios a tipicidade.

1 A INSIGNIFICÂNCIA PENAL

É comum a doutrina e os julgados remontar o surgimento da insignificância ao brocardo da antiga Roma *minima non curat praetor*. A ideia do ‘princípio’ da insignificância decorreria da sentença milenar aplicada em um determinado período da história romana. Todavia, não parece plausível que um antigo brocardo seja a ‘alma’ de um moderno entendimento em direito penal decorrente da teoria do tipo, que surgiu apenas em 1906 com Ernst von Beling, ou melhor, com a introdução que Beling fez da tipicidade na teoria do delito (BRANDÃO, 2014, p. 70).

Para Guzmán Dalbora (apud JUNIOR, 2012, p. 23) a insignificância não existiu no direito romano, não constando nem no *Corpus iuris civilis*, nem em fontes romanas antigas ou nos textos dos glosadores ou comentaristas do *Digesto*.

Cintra aponta um outro significado para o *minima non curat praetor* na Antiga Roma, que afasta essa sentença de qualquer relação com o direito penal, afirmando que (2011, p. 122) a “(...) máxima se tratava de um pressuposto processual (civil) para restringir o acesso ao órgão jurisdicional, não tendo característica de instrumento despenalizador”.

Seria improvável que um direito penal baseado numa estrutura de Estado e de sociedade completamente distinta, até mesmo contrária a dos atuais Estados Constitucionais de Direito e de um direito penal liberal e no qual nem se tinha chegado ainda ao conhecimento da categoria do tipo pudesse conceber a insignificância tal qual a pensamos hoje.

Assim, fica clara que qualquer tentativa de remontar a insignificância à tempos remotos é equivocada, pois dito princípio nasce na esteira do iluminismo penal.

Em contraposição a ideia de que o princípio deriva do Direito Romano, uma parte da doutrina (BITENCOURT, 2014, p. 25) afirma que a insignificância seria uma criação de Claus Roxin, derivada de sua metodologia do funcionalismo penal e da introdução da política criminal na análise dos escalões do delito. Na verdade, Roxin não teria criado a insignificância, mas apenas reconhecido a existência do fenômeno na teoria do delito.

1.1 O nome de princípio da insignificância e a sua relação com a natureza jurídica do fenômeno

Quanto a nomenclatura, costuma-se designar a insignificância pelos nomes de: a) princípio da insignificância ou princípio da bagatela; b) crime de bagatela e; c) infração bagatelar própria .

Não adotamos a nomenclatura de princípio da insignificância (ou da bagatela), pois traz a ideia de que a natureza jurídica da insignificância é de norma-princípio, com o qual não concordamos, pois ela é uma derivação da Teoria do Tipo.

Os nomes de crime de bagatela e de infração bagatelar própria também parecem inapropriados para designar a exclusão de tipicidade material de uma conduta. Ora, se o crime é o substantivo que possui os predicados da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, e se a

insignificância é a exclusão do primeiro desses requisitos, como se pode denominar o reconhecimento da insignificância como crime ou infração?

Diante disto, qual seria a melhor nomenclatura? Por já existir consenso e ele não possuir falhas dogmáticas, afigura-se correta a designação de insignificância (e não princípio da insignificância), bem como poderiam ser também usados atipicidade material, ausência de tipicidade material, irrelevância típica material, irrelevância lesiva ao bem jurídico, bem como outros termos correlatos que designem a falta de realização do tipo penal em sua dimensão material.

A consolidação doutrinária e jurisprudencial do termo ‘princípio da insignificância’ deixa entender a existência de um consenso quanto à natureza jurídica do objeto sobre o qual estamos trabalhando neste artigo. Ocorre que a primeira coisa que precisamos problematizar é a própria questão de qual é a natureza jurídica da insignificância.

A primeira posição entende pela natureza de norma-princípio a insignificância. Ocorre que os adeptos dessa vertente pouco costumam se preocupar em delimitar conceitualmente o que entendem por princípio, o que gera certa desordem.

Não existe um único conceito de princípio (e de distinção entre regras e princípios) aceito de forma unânime. Diversas correntes de pensamento da dogmática e da zetética jurídica discutem a existência ou não de uma distinção entre regras e princípios e em que termos essa diferenciação se daria. Assim, não basta dizer que a insignificância é um princípio, sendo necessário ainda pontuar que é um princípio de acordo com a teoria ou o pensamento de determinado autor ou metodologia jurídica, explicando assim o *topos* do qual se parte.

A necessidade desse rigor terminológico, antes de ser estéril, é de grande relevância. Por exemplo, Robert Alexy utiliza um critério estrutural para distinguir normas-princípios de normas-regras e entende as primeiras como mandados de otimização, na medida em que “... exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (SILVA, 2011, p. 32), de modo que na maior parte das vezes os princípios não possuem uma realização plena como as regras, já que de encontro à realização de princípios existem outros princípios e a própria realidade (SILVA, 2011, p. 32).

Muito do que os autores penais consideram como princípios, e este é o caso do ‘princípio da anterioridade ou irretroatividade da lei penal’, para Alexy se trata de uma regra,

afinal, não é algo que deva ser efetivado na maior medida do possível, já que em absolutamente todos os casos a lei penal nunca poderá retroagir para prejudicar a pessoa. (SILVA, 2011, p. 30). Assim, Virgílio (2011, p. 36) conclui:

...falar em princípio do nulla poena sine lege, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas normas são regras, não princípios.

Todavia, se partimos de um conceito ‘clássico’ de princípio, decorrente da posituação do art. 4 da Lei de Introdução as Normas do Direito brasileiro (LINDB), que entende princípio como princípios gerais de direito, verdadeiros fundamentos metajurídicos de uma moral ou de um direito natural e que legitimam todo o sistema jurídico, o que foi por muito tempo representativo do pensamento brasileiro, inverteríamos a conclusão de Alexy e poderíamos perfeitamente considerar a legalidade, a anterioridade e até a insignificância como verdadeiros princípios.

Não é nosso objeto neste estudo comentar as doutrinas em torno da distinção (ou não) entre princípios e regras, mas sim apontar a necessidade de se fundamentar conceitualmente princípio no caso de se considerar que a insignificância é um, haja vista que, dependendo da teoria sobre o que é princípio de que se parte a insignificância poderá ser uma regra ou um princípio.

Nós, entretanto, acreditamos que a insignificância não é nem uma regra nem um princípio. Entender a insignificância como princípio traz uma grande desvantagem até agora não muito percebida. Seja na teoria “clássica” dos princípios, seja na de Robert Alexy e em diversos outros autores que distinguem regras e princípios, os princípios não possuem uma efetividade plena, podendo, dependendo do entendimento de cada autor, sofrer restrições das possibilidades reais, de outros princípios, de outras regras etc., de modo que em alguns casos concretos podem ceder para a aplicação de outros princípios, regras.

Entender a insignificância como um princípio acarreta que em casos onde ela seria aplicável poderá ceder devido a uma ponderação de interesses decorrente de uma colisão entre o princípio da insignificância e outro princípio que estiver protegendo outro valor (como a vida, propriedade etc.).

Ao se entender a insignificância como uma regra, por outro lado, corre-se o risco de querer positiva-la, o que foi feito no Projeto de Lei do Senado 236/2012 (Reforma do Código Penal), e inserir no próprio dispositivo normativo uma série de restrições que acabariam por esvaziar a possibilidade de aplicação de tal regra.

Por outro lado, ao se compreender a insignificância como uma consequência da Teoria do Tipo Penal, que não foi realizado no conteúdo de sua dimensão material, isto é, na afetação do bem jurídico, teríamos as vantagens de não precisar positivizar expressamente a insignificância bem como ela não poderia sofrer nenhum tipo de restrição em sua aplicação que não dissesse respeito à tipicidade da conduta.

1.2 Os fundamentos jurídicos da insignificância

Os adversários da insignificância defendem que o ‘princípio’ não faz parte do direito brasileiro pelo fato de não estar expressamente positivado no Código Penal, na Constituição ou em qualquer outra legislação infraconstitucional. Seu uso, para eles, seria violador dos princípios constitucionais da legalidade e da divisão de poderes, além de gerar impunidade².

Essa argumentação carece de cientificidade jurídica. Primeiro, defender a não existência da insignificância porque isso contribuiria para o aumento do número de crimes é confundir argumentos de política com argumentos de direito, o que é um equívoco³.

Segundo, caso se entenda a insignificância como princípio, a validade de um princípio não decorre de sua explicitação na Constituição ou na legislação infraconstitucional (leia-se, no Direito). Vários princípios constitucionais e legais que não são positivados possuem aplicação, como o da subsidiariedade, a proporcionalidade etc. Além disso, outros argumentos jurídicos (além dos próprios princípios) como a possibilidade de furto ou homicídio qualificado-privilegiado não estão positivados nem na Constituição nem no Código Penal, e eles também são válidos⁴.

Afora essas considerações, a doutrina juspenalista procura fundamentos para a aplicação da insignificância no próprio direito positivo brasileiro. Lima (2012, p. 83) fundamenta a insignificância como subprincípio do princípio constitucional implícito da ofensividade (também denominado princípio da lesividade), que por sua vez decorreria da

² CONSULTOR JURÍDICO, 2014a

³ STRECK, 2014a

⁴ STRECK, 2014a

dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF) e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, CF), e teria aplicação imediata (art. 5, § 1.º, CF). No mesmo sentido diz Juarez Cirino que (2010, p. 26)

Do ponto de vista quantitativo (extensão da lesão do bem jurídico), o princípio da lesividade exclui a criminalização primária ou secundária de lesões irrelevantes de bens jurídicos. Nessa medida, o princípio da lesividade é a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal (...)

Há quem (LIMA, 2012, p. 79) parte do raciocínio de que embora uma conduta possa ter gerado um resultado naturalístico e por isso realizado a tipicidade formal, isso não significa que essa conduta tenha gerado um resultado jurídico, devido à possibilidade dela não ter lesionado ou colocado em perigo de lesão o bem jurídico protegido pela norma penal. O próprio Código Penal em seu art. 13 (“O resultado, de que depende a existência do crime...”)

traz o resultado como requisito de existência do delito, sendo este o resultado jurídico, e não o meramente natural. Com isso, a insignificância seria o reconhecimento da falta de resultado jurídico, com o que não pode haver crime.

Com ideia similar, Maurício Lopes Ribeiro (1997, p. 41) trata a insignificância como uma evolução decorrente do princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine iuria*), já que sem dano não pode haver pena.

Outra fundamentação considera a insignificância como derivação do art. 17 do Código Penal, que trata do crime impossível. As condutas insignificantes seriam tentativas inidôneas, constituindo meios absolutamente ineficazes para lesionar ou expor a perigo de lesão o objeto. (BALDAN, 2007, p. 199).

Autores mais antigos remontam a insignificância aos argumentos metajurídicos, como os princípios de direito natural:

(...) enxerga BATTAGLINI ser possível o socorro ao direito natural, por exemplo num furto de bagatela onde a palavra do código servirá de passaporte a um princípio não-escrito, a permitir que o juiz absolva o réu invocando ausência de dolo ou de lucro por parte do imputado, ou a existência de um estado de necessidade, ou mesmo um consenso tácito do proprietário. (BALDAN, 2007, p. 199)

Alguns outros autores (PAMPLONA, 2008, p. 28-34) ainda fundamentam a insignificância nos princípios da igualdade, liberdade, razoabilidade, fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade. Em que pese à argumentação e a preocupação dos autores citados em defender a positividade da insignificância fazendo-a derivar da própria força normativa da Constituição, de outros institutos da dogmática penal ou de princípios morais, acreditamos que tal esforço é desnecessário e não é preciso ir tão longe.

Ao se fundamentar a insignificância como resultado do reconhecimento da exclusão do tipo em sua dimensão material, e, portanto, tratar a insignificância como uma consequência de uma teoria valorativa (e não neutra) do tipo, se torna desnecessário a busca por uma posituação expressa ou implícita da insignificância.

De modo que a insignificância não depende da boa vontade de cada interprete para ser aplicada. Ela possui força vinculante e se impõe por si só, pois além de consequência da teoria do tipo, é reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal desde 1988.

1.3 A insignificância como consequência da teoria do tipo penal

O que é chamado de ‘princípio da insignificância’ não se enquadra corretamente nem como norma-regra nem como norma-princípio, independente da forma em que se conceituar e se distinguir as regras dos princípios.

A insignificância decorre da própria Teoria do Tipo penal, é uma consequência de um determinado modo de se compreender essa categoria da dogmática penal.

Para a moderna teoria do tipo, ele possui uma dimensão formal e uma dimensão material. Sob seu aspecto formal o tipo descreve condutas proibidas ou ordenadas, isto é, revela o que é proibido pelo Direito Penal, possibilitando que a correspondência entre uma concreta ação ou omissão humana com a descrição do tipo realize o juízo de tipicidade formal.

Na dimensão material do tipo penal a busca tem como objetivo saber se houve uma lesão ou perigo de lesão a esse conteúdo material, que é o bem jurídico. Não havendo lesão ao bem jurídico não se realiza o juízo de tipicidade material, que é excluído, apesar da existência da tipicidade formal entre a conduta e o tipo. A pergunta por saber se a conduta é antijurídica

e culpável perde seu objetivo, já que a tipicidade é um dos pressupostos da pena e sem ela não há crime.

Essa visão possui a vantagem de ser fruto de um moderno entendimento de que o tipo penal possui uma dimensão valorativa, substancial, material, que por não ter sido violada nem posta em perigo de lesão, não tem o condão de ferir o bem jurídico tutelado pela norma penal subjacente a cada tipo legal de crime, tornando o fato insignificante.

Quando isto acontece, por não ter sido o fato típico, ele é absolutamente irrelevante para o Direito Penal (é possível que não seja para os outros ramos do direito, como o Civil ou o Administrativo), sendo despicienda e ilógica qualquer pergunta a respeito da antijuridicidade da conduta e da culpabilidade do agente, pois nem mesmo o primeiro degrau da escala valorativa de identificação do crime se completou.

Outra vantagem de não tratar a insignificância como regra ou princípio, mas mera consequência de uma teoria do tipo penal, é que na sua concretização não poderão ser usados limites que não digam respeito ao tipo penal. Restrições baseadas na culpabilidade (maus antecedentes, reincidência, periculosidade etc), meios e modos de execução, delitos abstratamente perigosos, interesse da sociedade, colisão de princípios, entre outras, só podem ser utilizadas caso se entenda a insignificância como regra ou princípio.

1.4 A distinção entre a insignificância e às teorias da adequação social e da tipicidade conglobante

Ao se entender a insignificância como causa de exclusão da tipicidade material, logo pensamos em outras teorias que também buscam a exclusão da tipicidade das condutas, surgindo à necessidade de se pensar quais são suas semelhanças e diferenças em relação à insignificância.

A teoria da adequação social é uma construção de Hans Welzel. Ela considera socialmente adequada “(...) las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia”. (WELZEL, 1956, p. 63). Condutas que estejam de acordo com as ordens morais, culturais, religiosas de uma determinada sociedade seriam adequadas, o que mostra o caráter variável da análise, pois a própria sociedade aos poucos vai se alterando em todas essas ordens.

A teoria considera, usando uma linguagem mais cara a teoria da imputação objetiva, que as condutas que não criarem um risco não permitido pelo direito são adequadas.

Essa construção parte da ideia de que o tipo penal é exatamente o ‘injusto tipificado’, e o injusto, sempre anterior à tipificação penal, só pode abranger condutas marginais à ordem ético-social da vida de uma determinada sociedade concreta. É por isso que Welzel mudou quanto à consequência de sua teoria, ora considerando que excluía a tipicidade, ora que excluía a antijuridicidade, e por fim acolhendo a primeira posição (BITENCOURT, 2013, p. 58). Como exemplos de condutas socialmente adequadas Welzel traz:

Las restricciones a la libertad y otras, como consecuencias normales del tránsito moderno (tránsito de ferrocarril, auto, avión) (...) Las lesiones y homicidios por consecuencia de la explotación refluente de empresas de las llamadas riesgosas, como ferrocarriles, minas, canteras, fábricas y semejantes (...) Las lesiones en la práctica de los deportes, las que, a pesar de ser observadas las reglas del juego y tomadas las medidas de precaución, son gajes normales del deporte (...) Las intervenciones quirúrgicas y la producción de la muerte a consecuencia de medidas curativas realizadas de acuerdo con las reglas del arte.

No direito brasileiro essa teoria vem sendo aplicada para a exclusão de tipicidade de certos tipos legais de crime que supostamente não afrontariam a moral social, com o que seriam condutas socialmente adequadas. Ocorre que esta teoria não foi construída para ser aplicada como uma descriminalização, por parte do Estado-Juiz, de condutas que através da tipificação o Poder Legislativo entendeu merecerem a reprovação penal.

Apesar de rechaçada por boa parte da doutrina brasileira e internacional (BITECONOURT, 2013, p. 59), pois todo o seu ganho dogmático já é realizado hoje pela própria teoria da imputação objetiva (criação de risco não permitido e realização desse risco no resultado), a adequação social seria um exemplo de atipicidade de uma conduta por ser ela permitida pela ordem jurídica. Se a ordem jurídica permite uma pessoa lutar boxe, dentro de certas regras, não pode vir a considerar ao mesmo tempo proibida uma conduta que decorre do risco permitido intrínseco a esse esporte, já que uma conduta não pode ser ao mesmo tempo proibida e permitida.

Aqui percebemos a primeira distinção entre a insignificância e a adequação social. A primeira não é socialmente adequada, já que realiza a tipicidade formal. Embora o furto de

uma barra de chocolate seja insignificante, não se concretizando a tipicidade material da conduta, é certo que persiste um mínimo desvalor da ação, embora não esteja presente nenhum desvalor de resultado (PRADO, 2012, p. 183-184). Na adequação social a conduta não é desvaliosa, não chega nem a ser típica em sua dimensão formal, já que do ponto de vista social é adequada.

Já a teoria da tipicidade conglobante, desenvolvida por Eugenio Raúl Zaffaroni, entende que a tipicidade penal é formada apenas quando se tem a junção da tipicidade legal com a tipicidade conglobante.

Parte-se da noção de que cada tipo penal tem de forma subjacente uma norma. Em certas ocasiões a realização do tipo não significa a violação do conteúdo dessa norma latente, exatamente porque há outra norma autorizando/tolerando a realização daquela conduta que no seu aspecto externo se enquadra na tipicidade legal. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 309-403).

Um exemplo seria o do Oficial de Justiça que para cumprir um mandado judicial apreende um bem. Tal conduta, apesar de externamente se enquadrar em um tipo penal, não violaria a norma jurídica subjacente a este tipo, na medida em que está de acordo com outra norma do Ordenamento Jurídico. E este não pode ter uma norma que permite e outra que proíbe ao mesmo tempo.

Nos parece duvidoso o ganho teórico com esta teoria. Ela apenas trata causas que antes eram trabalhadas como excludentes de antijuridicidade (exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal etc.) como causas de exclusão da própria tipicidade, transformando em questões atípicas condutas que antes eram típicas, mas justificadas.

Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 489) entendem que a adequação social, da mesma forma que a tipicidade conglobante, funciona como ‘corretivo da tipicidade legal’. Todavia, enquanto aquela faz isso no ‘plano ético material’, a tipicidade conglobante atua dentro do ‘plano normativo’, o que seria mais adequado e menos perigoso. Quanto à insignificância, Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 489) afirmam que:

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma (...) A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que

essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada.

Com esse posicionamento, parecem querer introduzir ou aplicar a insignificância pela teoria da tipicidade conglobante. O erro está em considerar a insignificância como autorizada por alguma norma do Ordenamento Jurídico, já que a conduta continua sendo desvaliosa. Fora isso, a insignificância decorre da não lesão do bem jurídico, e não de uma autorização normativa.

Atente-se que a teoria da adequação social e a da tipicidade conglobante não excluem a tipicidade material de uma conduta. Elas desenvolvem a ideia de que determinadas condutas que são autorizadas, fomentadas ou toleradas pelo Ordenamento Jurídico não podem ao mesmo tempo constituir objetos de proibição, sobre pena da total contradição e da perda de unidade. Uma conduta permitida não pode ser ao mesmo tempo proibida, de modo que para essas teorias as condutas não chegariam nem mesmo a realizar uma tipicidade formal. A questão aqui não seria de exclusão de tipicidade, mas de carência de tipicidade (BALDAN, 2007, p. 197).

O princípio da insignificância, por sua vez, serviria para excluir a tipicidade material de determinadas condutas, apesar da realização da tipicidade formal. O Ordenamento Jurídico não aprova as ações abrangidas pela insignificância.

Apesar da conduta de subtrair para si uma barra de chocolate não lesar ou expor a perigo de lesão o bem jurídico (dimensão material do tipo) tutelado, é claro que essa conduta não é fomentada pelo Direito, persistindo o desvalor ínfimo desta ação, até mesmo pela realização formal do tipo.

A carência típica que ocorre na adequação social e na tipicidade conglobante decorre das condutas não serem contrárias às normas subjacentes aos tipos penais, enquanto que a exclusão da tipicidade pela insignificância ocorre devido à conduta não lesionar ou expor a perigo de lesão o bem jurídico tutelado na norma subjacente ao tipo penal.

2 SISTEMATIZAÇÃO DA INSIGNIFICÂNCIA NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

2.1 A insignificância como fenômeno de direito processual ou material

A insignificância pode ser sistematizada dentro do direito material, podendo ser desenvolvida dentro de qualquer das três categorias autônomas do delito, ou pode ter um tratamento apenas no campo do direito processual.

Desenvolver a insignificância no campo processual seria a melhor opção por dois motivos. Primeiro não chegaria nem mesmo a movimentar o Poder Judiciário e gerar custos desnecessários; segundo porque não sujeitaria a pessoa e a sua família a um custoso (material e social) processo penal.

A aplicação da insignificância se daria pelos órgãos policiais e acusatórios, que se utilizando do “princípio da oportunidade” só abririam inquéritos ou denunciariam as pessoas que praticaram condutas que não forem consideradas insignificantes. Inclusive os Delegados de Polícia deveriam reconhecer a atipicidade da conduta e não promover o inquérito policial. Afinal, se o fato é atípico não há crime. Não existe obrigatoriedade de se fazer um inquérito sobre fato atípico, seria ferir os direitos fundamentais do agente.

O tratamento da insignificância estritamente no campo processual traria dois problemas (CORREA, 2012, p. 212-213). O primeiro da possibilidade de arbitrariedades por parte dos membros policiais e de acusação, que pelo seu poder discricionário poderiam não reconhecer a insignificância a condutas que deveria ser aplicada. Em segundo, tem vigência no Brasil o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, o que impossibilitaria o reconhecimento da insignificância pelo Ministério Público.

Em que pese às vantagens e as desvantagens de tratar a insignificância no campo processual, acreditamos, por uma interpretação teleológica, que embora a insignificância deva ser manejada no campo do direito material, e especialmente na categoria da tipicidade, não há impedimento para o seu tratamento também no campo processual, seja por parte do Ministério Público, seja pelo Delegado de Polícia, pois o princípio da indisponibilidade da ação penal pública não pode significar a obrigatoriedade de se acusar pessoas por condutas atípicas penalmente.

2.2 A insignificância como causa de exclusão da antijuridicidade

Há quem defenda (LUZ, 2012, p. 216) que para tratar a insignificância como causa de exclusão da antijuridicidade seria necessário positiva-la como um tipo permissivo, incluindo também os seus requisitos objetivos e subjetivos, o que restringiria sua aplicação, embora

alguns autores poderiam entender não ser necessária a colocação da insignificância em um tipo permissivo para aplicá-la.

O tratamento da insignificância como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade não feriria o princípio da legalidade, exatamente pelo fato de estar beneficiando o réu. Seria preciso interpretar esse princípio como uma construção iniciada entre o fim do século XVIII (na parte teórica por Cesare Bonesana) e início do século XIX (von Feurbach) com o escopo de conter o arbítrio punitivo do Estado, portanto, uma proteção aos cidadãos. Não seria possível interpretar a legalidade para prejudicar o agente frente ao Estado que o persegue criminalmente.

O tratamento da insignificância na antijuridicidade, do mesmo modo que ocorre na tipicidade, tem a vantagem de desenvolver a insignificância no campo do fato, analisando puramente a relevância ou a irrelevância de uma conduta como meio de violar ou expor a perigo de lesão um bem jurídico. Questões de culpabilidade, como a reprovabilidade do autor, maus antecedentes e outros jamais teriam como entrar na análise.

Todavia, acreditamos que não há a possibilidade de tratamento dogmaticamente adequado a insignificância considerando-a como causa de exclusão da antijuridicidade.

Perceba-se que antijuridicidade pode ser estudada a partir de suas dimensões formal e material. Pelo primeiro aspecto a antijuridicidade significa a relação de contrariedade de um fato frente a um determinado Ordenamento Jurídico como um todo. Por isso se diz que a antijuridicidade é uma, uma só para todo o Direito. Não existe uma antijuridicidade civil, outra administrativa, outra penal etc. Uma causa de justificação ‘justifica’ a antijuridicidade de uma conduta em relação a todo o Direito. Já a antijuridicidade material significa que houve uma lesão ao bem jurídico, o que gera uma nocividade social da conduta.

Dessa maneira, alguns autores poderiam defender que a insignificância seria uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade material devido ao fato de não haver uma lesão ao bem jurídico, denotando a falta de nocividade da conduta frente à ordem social.

Pois bem, esse raciocínio não prospera. Primeiro pelo fato de que se não houve lesão ao bem jurídico, não se pode reconhecer nem mesmo a tipicidade material, o que resolveria a questão no próprio âmbito da tipicidade, sem se poder levar a análise para a antijuridicidade.

Em segundo lugar, não há óbice a que a insignificância exclua a tipicidade material mesmo sem estar positivada no Ordenamento, haja vista que sua aplicação decorre da própria teoria do tipo penal, que possui uma dimensão material não lesionada.

Já o tratamento da insignificância como causa permissiva não positivada de exclusão da antijuridicidade material é dogmaticamente insustentável. E a razão não é o de que todas as causas de exclusão de antijuridicidade devam estar positivadas, até porque existem causas supralegais de exclusão da antijuridicidade não positivadas, tanto no Direito brasileiro como também em outros Ordenamentos Jurídicos.

O motivo da impossibilidade decorre do Direito Penal não criar bens jurídicos, não criar proibições, ele apenas tipifica condutas que já eram consideradas pelos outros ramos do Direito como antijurídicas. A antijuridicidade, portanto, é anterior a tipificação penal, que vem sempre posteriormente. Todavia, essa antijuridicidade prévia a tipificação penal não é anterior à própria Constituição, como ordem de valores. O Direito Penal não pode mudar a antijuridicidade criada pela Constituição. O que deve acontecer é que o tipo penal deve estar de acordo com os bens jurídicos tutelados pela Constituição (ROXIN, 1997, p. 561-562). Assim, pode faltar antijuridicidade material (e também formal) a determinadas condutas que não contrariam a tutela de bens da ordem constitucional, como ocorreu na Alemanha, que considerava o homossexualismo como crime, ou seja, castigava mera ‘imoralidades’, o que não estava de acordo com a ordem constitucional e fazia com que faltasse antijuridicidade material e formal a conduta da homoafetividade.

Guzmán Dalbora (apud JUNIOR, 2012, p. 28) defende que a insignificância exclui a antijuridicidade, esse posicionamento também já foi defendido por Cezar Roberto Bitencourt, apesar de ter mudado de opinião em seu manual.

2.3 A insignificância como causa de exclusão da culpabilidade

Alguns autores acreditam que a melhor sistematização da insignificância se daria na categoria da culpabilidade (LUZ, 2012, p. 213), com a insignificância funcionando como uma causa de exclusão, pelo fato de implicar numa inexigibilidade de conduta diversa.

A concepção normativa pura da culpabilidade, advinda do finalismo, tem como componentes a capacidade de culpabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Quando o agente: é (1) inimputável (devido a doença ou a uma decisão político criminal, como é o caso das pessoas com menos de 18 anos de idade), (2) atua sob erro de proibição inevitável (sem ter nem a possibilidade de se informar a respeito da ilicitude de sua conduta), ou (3) tem uma conduta que não lhe é exigível estar em conformidade com o direito, devido a atuar em circunstâncias que são excepcionais, não cairá sob o agente o juízo de reprovação da culpabilidade. A insignificância incidiria no terceiro elemento da culpabilidade, excluindo o juízo valorativo negativo em relação ao agente.

Como exemplos são trazidos casos de furtos famélicos. Nestes, devido as anormais circunstâncias em que atua o agente, é inexigível sua atuação conforme a norma, o que acarretaria na insignificância de sua conduta e na exclusão da culpabilidade.

Discordamos do raciocínio. Os furtos famélicos não são insignificantes e excluem a culpabilidade pelo fato de os autores atuarem em inexigibilidade de conduta diversa, mas sim porque as lesões ao bem jurídico decorrentes de furtos famélicos são objetivamente insignificantes e não realizam a tipicidade material.

Além disso, ao se desenvolver a insignificância dentro da culpabilidade corre-se o sério e grave risco de se confundir a análise da lesão ao bem jurídico (dimensão da tipicidade material) com juízos valorativos sobre o autor que pertencem exclusivamente à culpabilidade (ou seja, quando já há um injusto típico). Exemplo maior dessa confusão são as argumentações que defendem a não aplicação da insignificância no caso de autores que possuem maus antecedentes, que são reincidentes, ou agem com contumácia. Todas essas características nada dizem respeito à conduta do autor e a efetivação de uma lesão ou não ao bem jurídico, e sim apenas a individualização da pena na dimensão da culpabilidade.

Ulisses Junior (2012, p. 33) distingue entre a insignificância absoluta e a relativa. A primeira considera ser aquela que já nasce irrelevante para o direito penal, por não causar absolutamente nenhuma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. A insignificância que chama de relativa se constituiria em condutas que causam desde já algum perigo ou lesão ao bem jurídico, mas levando-se em consideração as finalidades da pena e as circunstâncias judiciais (art. 59, CP) são isentadas de pena pela exclusão da culpabilidade. Essa distinção é igual ou muito similar a da infração bagatela imprópria de Luiz Flávio Gomes. Para Ulisses, nos casos de insignificância relativa houve o injusto típico e a exclusão da culpabilidade decorreria da desnecessidade da pena ou das circunstâncias judiciais favoráveis do art. 59 do CP.

2.4 A insignificância como causa de exclusão da tipicidade material⁵

Dentre os elementos que compõem o conceito analítico de crime o tipo foi o último a surgir, o que pode parecer estranho, na medida em que ele constitui o primeiro degrau na escala valorativa de identificação do fato punível.

Apesar de alguns autores terem utilizado o termo anteriormente, o conceito ganha uma dimensão absolutamente singular, como categoria autônoma do delito, apenas com a publicação em 1906 da obra de Ernst Beling chamada ‘Die Lehre vom Verbrechen’ (Doutrina do Delito).

Antes de Beling introduzir o tipo como predicado do crime, “... La mayoría de los autores habían definido el delito como ‘acción antijurídica, culpable y amenazada con pena’” (ROXIN, 1997, p. 277).

Não se deve, todavia, confundir o conceito de tipo com o de tipicidade. O tipo é a descrição abstrata da conduta proibida ou ordenada pelo Direito Penal, enquanto que a tipicidade é o próprio juízo de correspondência entre uma determinada conduta no tempo e espaço para com a descrição presente no tipo. A tipicidade é o primeiro predicado que se agrega na análise do fato punível, enquanto “o tipo pertence à lei” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009. p. 389).

A compreensão da moderna Teoria do Tipo Penal vê o tipo como possuindo uma dimensão formal e outra material. O conteúdo jurídico do tipo em sentido substancial é o bem jurídico. Portanto toda interpretação que perquirir se houve ou não a realização da tipicidade material deve analisar se houve ou não uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, pois apenas ele pode legitimar a violência da pena.

Acreditamos que a melhor sistematização da insignificância dentro da teoria do delito é na tipicidade, o que vai ao encontro de um direito penal protetivo para o réu e de uma visão moderna do tipo, que o entende imbricado com o bem jurídico.

Críticas são lançadas a visão da insignificância como exclusão da tipicidade material. Yuri Correa Luz (2012, p. 225) pontua que com a cisão da tipicidade em dois momentos, sendo o primeiro um meramente descritivo e só após o outro com uma visão normativa e teleológica do tipo penal, pode gerar graves problemas:

⁵ Defendem essa posição: Assis Toledo, Carlos Vico Mañas, Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Diomar Ackel Filho, Cezar Roberto Bitencourt, José Henrique Guaracy Rebelo etc (JUNIOR, 2012, p. 31). Zaffaroni e Pierangeli Assis Toledo.

No plano da tipicidade, isso produz a cisão entre o plano formal e o plano material (...) 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 (...).

A confusão se daria em casos onde a norma subjacente ao tipo penal tutela mais de um bem jurídico. Um exemplo seria o de um agente que mediante violência ou grave ameaça se apropria de quantia insignificante, supostamente tendo então praticado o crime de Roubo. Em casos como esses o STF não aplica a insignificância (nem desclassifica o crime), mesmo que a lesão ao bem jurídico patrimonial tenha sido ínfima, argumentando que diante da violência ou grave ameaça não seria possível o reconhecimento da insignificância.

Yuri (2012, p. 223) pensa que essa argumentação não decorre de subjetivismos relativos aos Ministros do STF, mas sim dessa compreensão que cinde a aplicação da insignificância em dois momentos estanques, pois estando reconhecida a tipicidade formal estaria postulado que ocorreu determinado tipo legal de crime, de modo que a insignificância (análise da tipicidade material) só poderia ser aplicada se fosse para ausentar de lesão ou perigo de lesão a todos os bens jurídicos, e não apenas um deles.

Nesse caso, não teria como analisar separadamente a insignificância de cada bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Em se tratando do delito de roubo (art. 157, CP), que tutela a integridade física e a propriedade, só caberia à aplicação se a insignificância dissesse respeito aos dois bens jurídicos cumulativamente, e não a apenas um deles.

Discordamos desse raciocínio. O próprio Yuri (2012, p. 222) desenvolve baseado na tipicidade material o raciocínio viável da desclassificação para o crime de ameaça (art. 147, CP) na hipótese de não haver lesão do bem jurídico propriedade no tipo penal de roubo.

Não há nenhum impedimento para que nos tipos penais “complexos” haja a análise separadamente da realização ou não da tipicidade material de cada um deles. Não havendo a lesão de pelo menos um dos bens jurídicos a conduta deverá ser desclassificada para outro tipo penal, e não se enquadrando em algum outro tipo, o agente deverá ser absolvido. Igual posicionamento é defendido por Paulo Queiroz, quando pontua que:

Discute-se se o princípio da insignificância é aplicável aos crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa. Parece-nos que sim, se não para isentar o réu de pena, ao menos para eventualmente desclassificar a infração penal, a exemplo da imputação de roubo (CP, art. 157). Com efeito, não se justifica que o agente que subtraia quantia absolutamente insignificante (v.g., R\$ 1,00) tenha de responder por um delito tão gravemente punível (4 a 10 anos de prisão). Mais razoável é que, afastada a acusação de roubo, o autor responda por constrangimento ilegal (CP, art. 146)

Entendemos que o manejo errado da insignificância em casos de tipos penais que protegem mais de um bem jurídico não é ‘culpa’ da visão da insignificância como exclusão da tipicidade material, nem muito menos da noção de tipicidade formal, e a divisão da tipicidade nas duas dimensões. A questão adentra em problemas hermenêuticos e ideológicos (um exacerbado punitivismo) que a muito habitam os juízes e Tribunais brasileiros.

A insignificância não deve ser entendida como uma causa supralegal, porque apesar de não estar positivada, ela decorre da própria dogmática penal da teoria do delito, mais precisamente da teoria do tipo penal.

3. APLICAÇÃO DA INSIGNIFICÂNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como dissemos na introdução, nossa análise da jurisprudência do STF se circunscreverá as duas principais e mais desenvolvidas argumentações desenvolvidas, respectivamente, pelos Ministros Celso de Mello e Carlos Ayres Britto, que inclusive passaram a ser utilizadas, pelo Superior Tribunal de Justiça e outros Tribunais pátrios.

Iremos verificar cada um dos pontos dessas construções de ‘critérios’ e analisar se eles estão adequados a teoria do delito e a sistematização da insignificância dentro desta teoria, como desenvolvido nos tópicos anteriores.

Antes de adentrar numa análise pormenorizada dos critérios, é importante parafrasear Paulo Queiroz⁶ e dizer que ‘não há fenômeno jurídico penal insignificante, mas uma interpretação jurídico penal que torna insignificante algum fenômeno, e sendo essa própria interpretação penal de fundamento metajurídico, moral’. Esse aspecto é importante pois muitas vezes os critérios são deturpados e construídos com o intuito de evitar o uso da insignificância, o que colide frontalmente com a ideia do ‘princípio’, pois em sua essência ele

⁶ (...) Não há nenhum fenômeno jurídico – nem jurídico penal –, mas, antes, apenas uma interpretação jurídica – e jurídico-penal – desses fenômenos. Essa interpretação é ela própria, de origem extrajurídica. Consequentemente, não existem fenômenos criminosos (nem típicos, ilícitos ou culpáveis), mas apenas uma interpretação criminalizante dos fenômenos; e, portanto, uma interpretação tipificante, culpabilizante etc. (QUEIROZ, 2011, p. 29)

deveria funcionar como instrumento amplo de evitar processos e prisões ilegítimas (violadoras de direitos fundamentais das pessoas humanas), denotando assim uma ideologia que vê no Sistema de Justiça Criminal um meio de selecionar os vulneráveis da sociedade como criminosos.

3.1 A criteriologia dominante dos quatro vetores

A partir do julgamento do HC n. 84.412-SP ficou consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a verificação da aplicação do ‘princípio’ da insignificância a partir de quatros requisitos cumulativos, formulados pelo Ministro Celso de Mello (2004, p. 235):

O princípio da insignificância – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (...).

Sistematizando esse critério (JUNIOR, 2012, p. 103), poderíamos dividir seus requisitos em: (a) Quanto ao desvalor da conduta: (a.1) Mínima ofensividade e (a.2) nenhuma periculosidade social; (b) Quanto à culpabilidade: reduzidíssimo grau de reprovabilidade e; (c) Quanto ao desvalor do resultado: Inexpressividade da lesão jurídica.

Em Direito Penal, a ofensividade (ou lesividade) é um princípio que veda a aplicação de penas e medidas de segurança quando a lesão ao bem jurídico for irrelevante. A mínima ofensividade da conduta significa o mesmo que inexpressividade da lesão jurídica, constituindo uma repetição. Todavia, diante do fenômeno da alienação técnica do técnico, defende-se (JUNIOR, 2012, p. 104). que mínima ofensividade significa ação desprovida de violência ou grave ameaça.

Dentre todos os requisitos, o de maior vagueza diz respeito ao da nenhuma periculosidade social. O que seria isso? Como identificar que uma conduta tem e outra não periculosidade? Ora, se o tipo já é o injusto descrito tipicamente, não há dúvida que todos os tipos penais de crime são igualmente proibidos pelo Direito Penal. Apesar de alguns crimes poderem ter penas maiores ou menores, de detenção ou reclusão, todos eles tem igual importância e relevância para o direito penal. Ou será que o direito penal considera o crime de homicídio (art. 121, CP) mais perigoso e importante que o de furto (art. 155, CP)? Frente ao

Ordenamento Jurídico-penal todos os crimes são perigosos, caso contrário não seriam crimes, mas injustos dos outros ramos do Direito.

Desse modo, como poderia o juiz ou o Tribunal diferenciar crimes perigosos de crimes não perigosos se o próprio direito penal não o fez?

É certo que cada tipo penal pode tutelar bens jurídicos diferentes, tão distintos como a vida e o patrimônio, mas isso não significa que o homicídio seja socialmente mais perigoso do que todos os outros crimes. E trazemos esse exemplo como caso extremo, já que crimes que não causam tanto apelo social poderiam também ser considerados de forma *ad hoc* socialmente perigosos pelo STF, como já ocorre em relação ao crime de tráfico de drogas (art. 33, Lei 11.343/2006).

De acordo com Junior (2012, p. 105) “conduta sem periculosidade social é aquela que não incrementa ou não fomenta mais condutas típicas ou violentas”. Por esse prisma, o agente seria condenado não por realizar uma conduta típica formal e materialmente, mas sim pelo pensamento do julgador de que essa conduta pode gerar outras condutas típicas. Em um Estado de Direito vige a legalidade, não o sentimento do julgador. O crime é o de furto, roubo, estelionato etc, e não o de ter cometer atos considerados potencialmente perigosos, como se o Judiciário fosse capaz de prever o futuro como se fosse Minority Report.

Junior (2012, p. 106) considera que o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento só se aplicaria na análise da insignificância relativa (que exclui a culpabilidade), e não poderia ser considerada em casos de insignificância absoluta. O STF, todavia, aplica esse requisito cumulativamente aos outros independentemente de qualquer fator.

É no requisito da reduzidíssima reprovabilidade do comportamento que o STF deixa de aplicar a insignificância aos casos de agentes reincidentes, com maus antecedentes ou que agem com contumácia. E sempre com o argumento de política (e não de direito) do interesse da sociedade ou de incremento na criminalidade. Como se o cometimento ou não de um fato típico dependesse do interesse da sociedade e não a própria realização da tipicidade formal e material.

No que diz respeito ao requisito da inexpressividade da lesão jurídica, Ulisses Junior (2012, p. 75-76) considera que a inexpressividade se daria em casos de furto de um palito de fósforo ou alfinete, tirar um fio de cabelo de uma pessoa, a não parada do ônibus no ponto

final, um micro arranhão etc. Todavia, uma interpretação como essa não restringi a insignificância, simplesmente a suprimi. Ulisses Junior também (2012, p. 109) diferencia a mínima ofensividade da inexpressividade da seguinte maneira:

A mínima ofensividade é referente (...) à capacidade que tem a conduta de lesionar ou por em perigo o bem tutelado abstratamente pela lei penal. Já na inexpressividade da lesão, como dito, considera-se o bem jurídico do ponto de vista individual.

Acreditamos que longe de trazer algum benefício, estes requisitos geraram uma restrição ainda maior a insignificância, ainda mais pela total vagueza dos conceitos, com exceção do último, já que a ‘inexpressividade da lesão jurídica provocada’ significa a própria ausência de resultado jurídico do crime, com o consequente reconhecimento de sua insignificância.

Existe o consenso de que na insignificância há uma ausência de lesão do bem jurídico protegido pela norma penal, resultando na exclusão da tipicidade material. Sendo assim, e se o próprio STF concorda com essa definição, como pode simultaneamente aplicar critérios que não digam respeito à própria lesão ou ausência de lesão ao bem jurídico?

A mínima ofensividade da conduta do agente não é um pressuposto para a aplicação da insignificância, e sim uma consequência do reconhecimento da própria insignificância da lesão ao bem jurídico. Por ser a inexpressiva a lesão ao bem jurídico, a conduta do agente é minimamente ofensiva (entendida como sinônimo de lesiva).

Já uma ação perigosa socialmente não dá para saber do que se trata. Funciona apenas como um meio retórico para fazer certa conduta não se enquadrar na insignificância.

Enquanto que a reprovabilidade de um comportamento por parte de um autor concreto apenas se dá no plano da culpabilidade, que é o local onde se concentra (dentro da teoria do delito) todo o juízo de censura que diga respeito à pessoa do autor. Da mesma maneira, este critério apenas funciona como mais um freio ilegítimo a aplicação da insignificância, barrando o reconhecimento de condutas insignificantes por fatores alheios, tais como a reincidência ou os maus antecedentes. Por fim, Paulo Queiroz (2011, p. 63) confirma a inutilidade de tais requisitos que são meramente tautológicos:

Mas tais requisitos são claramente tautológicos. Sim, porque, se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação; e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma ideia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo.

O ministro Celso de Mello também vem pautando suas decisões pelo critério do valor do salário mínimo na época do fato, o que a primeira vista seria um critério que traz objetividade e parece interessante de ser pensando para aferição da insignificância aos crimes patrimoniais.

Quanto mais o valor se aproximasse do salário mínimo (na época do cometimento do fato) menos insignificante ficaria sendo a conduta, enquanto que quanto mais inferior ao valor do salário mínimo (a época do fato) mais insignificante seria a conduta analisada.

Aparentemente este critério traz uma objetividade, um marco referencial para medição da insignificância, que seria o salário mínimo a época do fato. Ocorre que o critério ainda mantém uma subjetividade, pois ele não define a partir de qual porcentagem frente ao salário mínimo seria a conduta significativa ou insignificante, além de restringir a insignificância a um teto econômico representado pelo salário mínimo. Um bem que representa 50% do valor do salário mínimo seria insignificante? E se fosse 30%, 40%? A partir de que percentual em relação ao salário mínimo este bem se torna significativo? A dúvida persiste.

Mas usar o salário mínimo como critério para aplicar a insignificância seria uma boa saída? Um furto de um anel, que posteriormente vem se descobrir que é de ouro, mas que poderia plenamente ser apenas uma simples bijuteria, possuindo então valor similar ou superior a um salário mínimo, não poderia ser aplicada a insignificância? Dependeria o agente apenas da sorte ou do seu azar para saber se cometeu um crime?

3.2 Os critérios negativos e positivos

Além da construção operada pelo ministro Celso de Mello, outro ministro que buscou criar alguns ‘vetores’ que balizassem a aplicação da insignificância pelo Tribunal foi Ayres Britto. Passamos a analisar algumas argumentações desenvolvidas pelo ministro no decorrer de seus votos.

O ministro Ayres Britto tentou analisar a existência da insignificância a partir de três pontos de observação: (1) em primeiro lugar pela perspectiva do agente; (2) em segundo pela vítima e em (3) terceiro pelos meios e modos de execução. (BRITTO, 2011, p. 4-5).

O primeiro ponto do critério desenvolvido por Ayres Britto seria o das próprias condições particulares de pobreza, a vulnerabilidade social que permeia à vida do agente. Não se pode desconhecer que 59% da população carcerária não possuem nem mesmo o ensino fundamental completo (BRASIL, DEPEN, 2012), o que denota o total abandono dessas pessoas por parte da sociedade e do Estado brasileiro. Nesse sentido, o ministro Ayres (2011, p. 4) afirma: “Pelo que o reconhecimento da irrelevância penal da ação ou omissão formalmente delituosa passa a depender de uma ambiência factual reveladora da extrema vulnerabilidade social do suposto autor do fato”.

Concordamos com este requisito proposto. Ora, se no Brasil a totalidade de presos se constitui de pessoas vulneráveis socialmente, não resta dúvida que esse critério possibilitaria uma ampla aplicação da insignificância. Apenas pontuamos que simultaneamente a essa posição, não poderá ser afastada à insignificância no caso do autor não se encontrar em situação de pobreza. A vulnerabilidade deve ser aceita para beneficiar o agente, mas o contrário não pode prosperar, isto é, prejudicar o agente que não se encontrar nesta situação.

É claro que esse critério não se atém estritamente ao que deveria importar na análise da insignificância. Pautar o reconhecimento da insignificância pela condição material de vida não é dogmaticamente correto. Todavia, não podemos afastar a realidade do Direito Penal no Brasil, que é a manutenção da desigualdade social através da hiperencarcerização. Sendo assim, partir do prisma da vulnerabilidade do sujeito, levando-se em consideração as condições de vida do nosso país, não é apenas razoável, mas necessário.

Pelo segundo requisito, é necessário analisar desde o subjetivismo da vítima se para ela houve uma lesão que afetou o seu bem jurídico, com a consequência de que se fosse aplicada a insignificância as suas expectativas quanto à impunidade aumentariam. Ayres (2011, p. 4) comenta:

Já do ângulo da vítima, o exame da relevância ou irrelevância penal deve atentar para o seu peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeito da conduta do agente, a ponto de não experimentar revoltante sensação de impunidade ante a não incidência da norma penal que, a princípio, lhe favorecia.

Todavia, lembra o ministro que essa consideração da subjetividade da vítima não pode ser levada ao extremo de que o puro valor sentimental para com o objeto fizesse cessar a insignificância. Ayres (2011, p. 4) afirma que: “Sem que estejamos a incluir nesse vetor aquelas situações atinentes aos bens de valoração apenas no psiquismo da vítima, porquanto de valor tão somente sentimental (uma bijuteria que pertenceu a importante familiar falecido ou muito admirado, por exemplo)”.

Esse segundo requisito poderia parecer pertinente. Inúmeros casos onde há o furto e posteriormente a devolução do objeto a vítima se enquadrariam neste critério, pois a vítima não se sentiria lesionada. Todavia, esse requisito contém mais problemas do que vantagens.

Primeiro, seria complicado que a insignificância de uma conduta (que deveria ser aferida objetivamente, pela lesão ou não ao bem jurídico) dependesse do ponto de vista subjetivo da vítima, procurando saber se ela se sentiu ou não lesionada. O agente cometeria o crime não porque lesionou o bem jurídico, e sim porque o subjetivismo de uma vítima X se sentiu lesionado. Com esse raciocínio, a existência da insignificância ficaria na dependência da maior ou menor sensibilidade da vítima. O mesmo fato seria considerado típico para um e não para outro porque a vítima daquele se sentiu lesionada e a do segundo não.

Como terceiro requisito, o ministro Ayres (2011, p. 4-5) traz que: “os meios e modos de execução da ação formalmente delitiva não podem consistir em atentado à vida, à saúde, à integridade física, nem à dignidade de qualquer pessoa”.

Esse terceiro requisito parece ter sido direcionado para o tratamento de crimes patrimoniais que impliquem violência em sentido amplo. E é nessa medida que ele traz grande desvantagem.

Utilizando-se deste requisito para aferir a insignificância de um roubo (portanto, com violência ou grave ameaça) de quantia ínfima chegaríamos à conclusão da impossibilidade de aplicação da insignificância para pelo menos desclassificar o crime.

Além disso, há muito o STF reconhece a possibilidade de aplicação da insignificância no caso de lesões corporais, o que o critério veda por constituir lesão contra a integridade física. Isso constituiria grave retrocesso.

Um caso significativo da possibilidade de aplicação da insignificância em caso de violência é o da ‘trombada’. Grande parte da doutrina brasileira sustenta que a trombada, por mínima que seja, implica sempre uma violência (violadora da integridade física). Pensamos ser plenamente aplicável a insignificância nesses casos. De fato, um simples esbarro não lesiona o bem jurídico integridade física, sendo que se também não houver lesão ao bem jurídico patrimônio a conduta é insignificante na sua íntegra, e não meramente desclassificatória para outro crime.

Assim, rejeitamos esse requisito por não haver impedimento do reconhecimento da insignificância no caso de condutas que lesionem a integridade física e a saúde de formas insignificantes.

Obviamente que isso não implica em um reconhecimento da possibilidade de insignificância em alguma conduta de consumação ou tentativa de homicídio. Nestes casos não há como graduar a lesão ao bem jurídico (vida) por ela ser sempre plena, diferentemente do bem jurídico patrimônio, por exemplo. Ou se está vivo, ou se está morto, enquanto que o patrimônio pode aumentar ou diminuir.

Cumulativamente aos três requisitos acima tratados, o Ministro Ayres Britto ainda desenvolve outros. Esses três primeiros requisitos anteriores tratavam de excluir a insignificância, enquanto os próximos buscam reconhecê-la. O ministro (2011, p. 5) comenta:

Reversamente, sinaliza infração de bagatela ou penalmente insignificante aquela que, além de não se fazer acompanhar do *modus procedendi* que estamos a denunciar como intolerável revela um atabalhoamento ou amadorismo tal na sua execução que antecipa a sua própria frustração; isto é, já antecipa a sua marcante propensão para a forma não mais que tentada de infração penal, porque, no fundo, ditadas por um impulso tão episódico quanto revelador de extrema carência econômica.

As ações praticadas por pessoas em condições de vulnerabilidade ou ditadas por uma necessidade premente tendem a guardar essa característica do amadorismo episódico que seria indiciária da insignificância.

Todavia, esse requisito tem como desvantagem a exclusão da insignificância às condutas insignificantes que não apresentem amadorismo, na medida em que os seus agentes são reincidentes, possuem maus antecedentes, não são primários. Ele falha ao permitir a introdução da análise da culpabilidade na análise da tipicidade.

Outro requisito trazido por Ayres Britto (2011, p. 5) se relaciona a falta de necessidade da pena, em quaisquer de suas espécies, para o agente:

desnecessidade do poder punitivo do Estado, traduzida nas situações em que a imposição de uma pena se autoevidencie como tão despropositada que até mesmo a pena mínima de privação liberdade, ou sua conversão em restritiva de direitos, já significa um desbordamento de qualquer ideia de proporcionalidade.

Esse requisito possui grande falha. Não se há de analisar a necessidade da pena de um autor na própria tipicidade, ainda mais quando se busca excluir a tipicidade material. Confundem-se as categorias de sistematização do delito. Qualquer análise sobre a necessidade de pena do sujeito só pode ser feita se ele atuar culpavelmente, o que pressupõe o cometimento de um injusto, o que ainda nem se sabe no momento em que se analisa a tipicidade. Novamente a introdução da culpabilidade na análise da tipicidade material é sempre confusa e perigosa, tendendo a prejudicar os cidadãos.

Como último requisito, Ayres Britto (2011, p. 5) traz a necessidade de “... o objeto material dos delitos patrimoniais há de exibir algum conteúdo econômico, seja para efetivamente desfalcar ou reduzir o patrimônio da vítima, seja para ampliar o acervo de bens do agente”.

Parece que há uma confusão entre valor economicamente expressivo do bem furtado, roubado etc., e lesão do bem jurídico. Havendo o furto de uma galinha de uma pessoa muito pobre, que possui como patrimônio apenas umas poucas galinhas, das quais também depende para a sua sobrevivência, não resta dúvida que o furto dessa única galinha irá lesionar o bem jurídico (propriedade) da vítima. Nestes casos, a insignificância é aplicada pela inexpressividade econômica do bem furtado frente ao Ordenamento Jurídico, embora tenha havido a lesão do bem jurídico da vítima.

Por outro lado, algumas vezes poderá haver furto, roubo etc. de objetos com expressivos valores de vítimas abastadas, e que por isso não geraria uma lesão do bem jurídico da vítima. Nestes casos se reconheceria a insignificância pela ausência de lesão do bem jurídico da vítima, embora o valor possa ser expressivo.

Não se deve interpretar a pobreza da vítima para justificar a não aplicação da insignificância. Já o contrário é plenamente válido. Uma vítima abastada que sofre um furto

de objeto com expressivo valor econômico (celular de R\$ 1.000 reais) não sofrerá uma lesão do seu bem jurídico, de modo que será aplicável a insignificância.

CONCLUSÃO

A insignificância vem sendo corretamente sistematizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como excludente de tipicidade material, embora seja equivocado o reconhecimento doutrinário e judicial quanto a sua natureza jurídica, que não é de princípio nem regra, mas consequência da Teoria do Tipo Penal.

Assim, como resposta a nossa pergunta inicial sobre se *as duas principais construções jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal para a aplicação do princípio da insignificância estão conformes à dogmática jurídica penal?*, respondemos que não. Apesar da consolidação dos critérios propostos por Celso de Mello e da tentativa de um aprimoramento por parte de Ayres Britto, há uma contradição insustentável entre o reconhecimento da insignificância como exclusão de tipicidade e ao mesmo tempo a criação de critérios que levam em conta a culpabilidade, os meios e modos de execução, o interesse da sociedade na punição e outros critérios equívocos ou que vão de encontro a um direito garantidor dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Se a insignificância fosse corretamente aplicada poderia funcionar como um meio para a descarcerização e despenalização, levando a um freio para a entrada de novas pessoas no sistema carcerário bem como permitindo a absolvição de milhares de pessoas por fatos atípicos, que só foram considerados relevantes para o Direito Penal por uma alienação política-técnica do técnico (BRANDÃO, 2012, p. 21).

A pena, que é a distinção entre o direito penal e os outros ramos jurídicos, é uma violência aos direitos fundamentais do cidadão e só pode ser legitimamente justificada no caso da conduta humana possuir os predicados de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade verificadas através de um devido processo penal. Quando por motivos alheios a análise da tipicidade material é negada aplicação a insignificância o processo penal e a pena passam a ser uma violência (um crime) injustificada perpetrado pelos aparelhos de controle do próprio Estado.

REFERÊNCIAS

Brasil. Departamento Penitenciário Nacional, 2012. Disponível em:
<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6->

22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-450D0D1009C7%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D. Acesso em: 15 de janeiro de 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Brasil. Congresso Nacional. Projeto de Lei do SENADO PLS 236/2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em 24 de janeiro de 2015.

Brasília. Congresso Nacional. Projeto de Lei n. 6.667/2006. Inclui o artigo 22 – A, que dispõe sobre o princípio da insignificância, no Decreto-Lei n 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/584053.pdf>. Acesso em: 24 de janeiro de 2015.

Brasília. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 908/2007. Acrescenta o art. 23-A ao Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=019CC52EBD5F671D5337535ED622C662.proposicoesWeb2?codteor=455369&filename=PL+908/2007>. Acesso em: 24 de janeiro de 2015.

Brasília. Congresso Nacional. Projeto de Lei n. 7.013/2006.

SCOCUGLIA, Livia. Aplicação do princípio da insignificância ainda gera dúvidas. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-19/aplicacao-principio-insignificancia-ainda-discutida-pais>. Acesso em: 13 de janeiro de 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Concurso do MP de Minas Gerais incentiva desobediência à doutrina e ao STF. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-04/senso-incomum-concurso-mp-minas-incentiva-desobediencia-doutrina-stf>. Acesso em: 13 de janeiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 66.869-PR. Recurso em Habeas Corpus. Relator: Min. Aldir Passarinho. Brasília, 06 de dezembro de 1988. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102215>>. Acesso em 24 de janeiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 109.277-SE. Habeas Corpus. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 13 dez. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1746826>. Acesso em 24 de janeiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 109.363-MG. Habeas Corpus. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 11 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218104>. Acesso em: 24 de janeiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.412-SP. Habeas Corpus. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 de outubro de 2004. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2015.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional – A imposição dos Princípios Constitucionais Penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Parte Geral*. 4d. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

PAMPLONA, Guilherme e Silva. *O Princípio da Insignificância como excludente de tipicidade material nos crimes militares de furto*. 2008. 95 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação em direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2008.

CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. 196 f. Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

BALDAN, Édson Luís. *Intertipicidade Penal*. 2007. 358 f. Doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2007.

MANDEL, Gabriel. Prática recorrente: Venda de CDs e DVDs piratas não é infração penal. Consultar Jurídico, 03 setem. de 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-set-03/aceita-sociedade-venda-cds-piratas-nao-infracao-penal>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 1 Parte Geral*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro Volume 1 – Parte Geral*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos*. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción e notas: Dyego-Manuel Luzón Peña; Migual Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. 1 ed. Madrid: Civitas, 1997.

LUZ, Yuri Corrêa da. *Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática*. Rev. direito GV [online]. 2012, vol.8, n.1, pp. 203-233. ISSN 1808.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina. 2012.

