



A INSIGNIFICÂNCIA DA POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

*Rodrigo Cavalcanti**

RESUMO

Trata o presente trabalho sobre a exploração história e de aplicabilidade dos princípios ao Direito Penal Pátrio, com ênfase sobre o princípio da insignificância, mostrando sua natureza jurídica principiológica de origem Constitucional, cuja jurisprudência e doutrina já abarcam de modo quase unânime, mas que projetos de lei para reforma do Código Penal tentam positivizar, o que, em meu entendimento, pode acarretar problemas de cunho hermenêutico, além de ser insignificante para o mundo jurídico sua positivação.

Palavras-chave: Direito Penal. Princípio. Insignificância. Natureza. Positivação.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente tem-se que o Direito Penal possui uma incumbência de controle social embasado na punição de quem atinge os bens jurídicos tutelados, o que, inicialmente ao denotava maior razoabilidade ou proporcionalidade das penas aplicadas, punindo severamente aquele que infringisse a lei, em quase todos os casos com a morte até mesmo pelo suplício, como bem conta Foucault em *Vigiar e Punir*, numa clara demonstração teatral do poder do Estado sobre a sociedade, na tentativa de persuadi-la a não mais delinquir.

Ocorre que a evolução histórica da punibilidade e do próprio Direito Penal, enquanto ciência jurídica, mostraram que não bastava a severidade das penas para que a sociedade entendesse o seu escopo de controle social, mas que eram necessárias a proporcionalidade e razoabilidade entre a conduta e a pena a ser aplicada, como bem defendeu Beccaria, uma vez que apesar de haver uma transgressão da lei e a ofensa a

*Especialista em Direito Tributário. Advogado. Coordenador e Professor do Curso de Direito da Faculdade Mauricio de Nassau em Natal/RN.

um bem juridicamente tutelado, cada transgressão possuía um certo grau de lesividade e merecia, portanto, tratamentos diferenciados.

Esta evolução serve para mostrar o surgimento de princípios norteadores do próprio Direito Penal e de sua atuação no controle social diante de sua real serventia ao Direito, tais como a fragmentariedade, a intervenção mínima, a proporcionalidade das leis e o próprio princípio da insignificância, que apesar das nomenclaturas doutrinárias ou jurisprudenciais, estão presentes na esfera constitucional e infraconstitucional atuais em nosso país.

2 ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Os juristas, em suas doutrinas, debatem acerca da origem e da natureza jurídica da insignificância, onde praticamente todos asseveram sua origem principiológica, com base constitucional e sob o argumento de que o Direito Penal deve se preocupar com aquilo que traz dano ou infração a um bem minimamente relevante (intervenção mínima), já que de outras formas os demais ramos do Direito possuem completa competência de resguardar (fragmentariedade).

Nesse sentido, Alessandro Baratta¹ e Luigi Ferrajoli² parecem aceitá-lo com esta denominação de princípio, ressaltando nosso entendimento neste trabalho senão observe-se:

O princípio da insignificância – visto que como idéia central da exposição deste trabalho merece ser tratada como tal – decorre da concepção utilitarista que se vislumbra modernamente nas estruturas típicas do Direito Penal, no exato momento em que a doutrina evoluiu de um conceito formal a outro material de crime, adjetivando de significado lesivo a conduta humana necessária a fazer incidir a pena criminal pela ofensa concreta a um determinado bem jurídico, fez nascer a idéia da indispensabilidade da gravidade do resultado concretamente obtido ou que se pretendia alcançar.

¹ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro, Princípio da Insignificância no Direito Penal. Ed. RT, Vol.2, pag. 33 e 34

² GOMES, Luiz Flavio. Princípio da Insignificância e outras excludentes de ilicitude. RT. Vol 1, pag. 46

Para Luiz Flávio Gomes², não há que se duvidar de que estamos diante de um ente principiológico, tendo em vista sua utilização hermenêutica para a solução do caso concreto consubstancia justamente a aplicação de um princípio e não de uma lei em si, determinando que o princípio da insignificância:

Tanto no direito brasileiro, quanto no comparado a via dogmática mais apropriada para se alcançar o reconhecimento da irresponsabilidade penal do fato ofensivo ínfimo ou da conduta banal e sem relevância penal é constituída pelo chamado princípio da insignificância ou de bagatela.

Assim, tomando por base tais conceitos, vê-se que a origem principiológica da insignificância para o Direito Penal traz outras conseqüências, como bem asseverado pelo Prof. Ivan Luiz, em seu livro “O princípio da insignificância no Direito Penal”, de sua diferença com relação ao texto positivado da norma, já que para o mesmo, apesar de princípios e regras positivadas serem normas, aqueles podem coexistir na aplicabilidade ao mesmo fato concreto, devendo-se aplicar o princípio da proporcionalidade, enquanto estas não podem coexistir, uma vez que a aplicação de uma infere na invalidação de outra, senão observe-se suas afirmações de acordo com os critérios utilizados por Ronald Dwoerkin e explicitados nas palavras do Ministro Eros Grau³:

As regras são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira (...) se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada.

Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam.

3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO EXCLUDENTE DE TIPICIDADE

³ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit. 1997, p. 89-90. SARMENTO, Daniel. Op. Cit. 2000, p.44

Não resta dúvida que o princípio da insignificância atinge a própria tipicidade da conduta do agente, uma vez que o seu escopo é observar a insignificância do ato como causador de dano ao bem tutelado de forma relevante, não se confundido com os crimes de menor potencial ofensivo ou mesmo com outras formas de diminuição de pena, já que para estes fatos a própria lei se preocupou de destinar atenção especial, não lhe denotando insignificância, pois nestes casos não há insignificância no ato nem na consequência.

O lustre Jurista Mauricio Antônio Ribeiro Lopes⁴, assevera em seu livro “Princípio da Insignificância no Direito Penal”, as bases doutrinárias, sociológicas e filosóficas da adequação da conduta prevista positivamente como crime e sua análise criminológica para aferição de reprovabilidade através da utilização do princípio da insignificância, aduzindo, em uma de suas passagens:

“A transformação do Direito Penal em ciências das circunstâncias sociais – respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático – reclamada por Nedelman em conferência em Main, em 1968, é uma das justificativas para a determinação de um juízo material da tipicidade e, portanto, de adequação do Direito Penal à situação de fato (circunstância social) que o rodeia. Não se trata aqui de discutir sobre o desvalor da ação ou do resultado, mas o de uma justificativa material para a adequação social do Direito Penal.

Com tais ponderações, o autor, mais adiante arremata com o entendimento de Francisco de Assis Toledo⁵, ao afirmar que “o comportamento humano, para ser típico, não só deve se ajustar formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos, ou ética ou socialmente reprovável.”

Vê-se então, sem maiores tergiversações, que a conduta para ser considerada crime, não basta mais a sua tipicidade, a ilicitude e a reprovabilidade, deve também conter a relevância da conduta sobre o bem jurídico protegido, de forma tal a que o Direito Penal precise agir em sua fragmentariedade, mostrando-se que o princípio da insignificância está presente na própria tipicidade da conduta, já que a mesma continua sendo punível e ilícita, porém, como não atinge um objeto elementar do fato típico, que é sua relevância ao Direito Penal, deixa de ser típico.

⁴ Mauricio Antonio Ribeiro, Princípio da Insignificância no Direito Penal. Ed. RT, Vol.2, p. 112

⁵ IDEM, p. 112

A própria jurisprudência pátria caminha neste sentido e entendimento, senão observemos alguns julgados transcritos:

RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. A conduta imputada ao Recorrido - furto de um telefone celular e respectivo carregador, praticado mediante escalada - não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela.

2. No caso do furto, não se pode confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante. Apenas o segundo, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância. Precedentes.

3. "A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado" (STF, HC n.º 97.772/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 19/11/2009.)

4. Recurso provido. (REsp 1239797 / RS. RECURSO ESPECIAL 2011/0045599-6, Min. Laurita Vaz, DOU 23/10/2012).

A insignificância das lesões sofridas pela vítima afasta a tipicidade do crime previsto no art. 129 do CP, impondo-se a solução absolutória. (TACrim-SP, AC, Rel. Ercílio Sampaio – JUTACRIM 78/336).

Se a lesão for considerada de pequena monta, afasta a tipicidade, há de se aplicar o princípio da insignificância. (TACrim-SP, Apel. 274.977, Rel. Ricardo Andreucci, 18.04.1984).

Por fim, o próprio STF vem consolidando o entendimento de que o princípio da insignificância afasta a tipicidade, asseverando, além de outros elementos, os requisitos que possibilitam a aplicação do princípio da insignificância:

A insignificância afasta a tipicidade material: se em relação ao princípio da irrelevância penal do fato (que consiste numa causa de exclusão da pena concreta, em razão da dispensabilidade ou desnecessidade) o déficit jurisprudencial concerne à sua própria aplicação, quanto ao princípio da insignificância o que ainda está faltando é salientar (em todos os casos) sua precisa fundamentação. Sabe-se que o princípio da insignificância exclui a tipicidade, porém, qual das suas dimensões, a formal (ou fático-legal), de um lado, ou, de outro, a material (ou normativa?). não há dúvida que a segunda é a afetada (cf. STF, HC 8.412-SP, rel. Min. Celso de Melo).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA

INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME PRATICADO COM DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO APÓS CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. PERICULOSIDADE DA AÇÃO E EXPRESSIVA LESÃO JURÍDICA

EXISTENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. precedentes: HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012 e HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Ministra Laurita Vaz, DJe 19.9.2012.

- O STF já consagrou o entendimento de que, para a aplicação do princípio da insignificância, devem estar presentes, de forma cumulada, os seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 112.348/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 18.9.2012).

- Hipótese em que o paciente, em liberdade provisória, subtraiu a res furtiva após arrombar o portão da garagem de residência da vítima.

- Não atendidos os requisitos da ausência de periculosidade da ação e da inexpressividade da lesão jurídica provocada, não há como reconhecer a atipicidade material da conduta pela aplicação do princípio da insignificância. Habeas Corpus não conhecido. (HC 176831 / RS HABEAS CORPUS 2010/0113110-8, Min. Marilza Maynard, DOU 19/10/2012.

Ora, como se percebe, o Pretório Excelso além de entender que o princípio da insignificância ataca a tipicidade da conduta, ainda elencou requisitos mínimos para sua caracterização, quais sejam, a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada, o que de certa forma traz um formato mais visível ao princípio, colhendo segurança jurídica e dá ao magistrado aplicador do princípio um parâmetro não tão distante de se aplicar a um caso concreto.

O problema maior está justamente na subjetividade dos conceitos apropriados desses requisitos, tais como grau de reprovabilidade e mínima ofensividade, uma vez que fica ao critério do magistrado a aferição destes critérios no caso concreto.

4 O PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL QUE PROPÕE A POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM EXCLUDENTE DO FATO CRIMINOSO

A discussão neste trabalho gira em torno do projeto de lei levado ao Congresso Nacional, no qual consta a inclusão do parágrafo 1º no art. 28 do Código Penal, entre outras modificações, que trata da exclusão da tipicidade do fato criminoso, aliando-se a legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito já existentes, e positivando o princípio da insignificância, ou pelo menos tentando fazê-lo, dando ao juiz o poder de excluir a tipicidade quando ocorrer, *cumulativamente, a mínima ofensividade da conduta do agente; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada*, senão percebamos o texto do projeto de lei:

Exclusão do fato criminoso

Art. 28. Não há fato criminoso quando o agente o pratica:

I – no estrito cumprimento do dever legal;

II – no exercício regular de direito;

III – em estado de necessidade; ou

IV – em legítima defesa;

Princípio da insignificância

§ 1º Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições:

a) mínima ofensividade da conduta do agente;

b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;

c) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ora, fundamentalmente urge salientar que nas discussões doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais ficou firmado e praticamente consolidado que tal aplicação seria principiológica e, portanto, com embasamento constitucional, atingindo contornos de aplicabilidade aos casos concretos, não havendo uma necessidade preeminente de sua positivação, mesmo porque a própria jurisprudência e doutrina pátrias já buscavam no próprio texto legal, como no art. 59 do Código Penal vigente, a sua aplicabilidade quando da aplicação da própria pena.

No livro “O princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade”, o Prof. Luiz Flávio Gomes⁶ aduz a incidência do referido princípio de forma já positivada, explicitando:

O que acaba de ser explicitado tem total coerência com o fundamento jurídico da dispensa da pena (do afastamento da intervenção penal em razão da irrelevância penal do fato), que está contemplado no art. 59 do CP. O juiz, levando em consideração as circunstâncias judiciais ali previstas, fixará a pena conforme seja suficiente e necessário para a prevenção e reprovação do delito. Em outras palavras, quando o fato se torna irrelevante, em virtude do advento ou da presença de vários requisitos bagatelares concomitantes ao fato ou *post factum*, (*culpabilidade bagatelar, vida passada sem antecedentes, reparação dos danos, o fato de o agente ter sido processado e, eventualmente, até ter ficado preso por um período etc.*) a pena pode tornar-se desnecessária. a não punição concreta do fato, nesse caso, não chega a afetar seu aspecto preventivo geral, desde que o juiz demonstre a justiça (no caso concreto) da não incidência da pena, tendo em conta tudo quanto o sujeito já sofreu e tudo quanto ele representa em termos positivos (falta de antecedentes, primário, profissão certa, indenização em favor da vítima, assistência total e absoluta para ela, etc.)

Nosso ordenamento não precisa de mais ou menos leis ou textos normativos para interpretar princípios basilares existentes, precisa sim de uniformização de decisões, consenso jurisprudencial sobre aspectos de sua aplicabilidade que dão sustento a todo o ordenamento e à própria segurança jurídica.

5 A SEGURANÇA JURÍDICA COMO JUSTIFICATIVA PARA A POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Ademais, é imprescindível ressaltar essa sede positivista do legislativo pátrio, em muitos casos espelho do clamor público, que entende aumentar a chamada segurança jurídica com um acúmulo de leis e até mesmo de princípios jurídicos que findam até mesmo com sua aplicabilidade diante do fato de trazerem a natureza de regra positivada a um princípio cuja aplicabilidade quase não se discutia mais e cujos

⁶ GOMES, Luiz Flavio. Principio da Insignificância e outras excludentes de ilicitude. RT. Vol 1, p. 46.

parâmetros de aplicabilidade foram simplesmente transplantados para o texto do projeto.

O fato de sua positivação, ao meu ver, não traz maior segurança jurídica do que sua existência no mundo dos princípios e em sede constitucional, uma vez que sua positivação, em escala inferior à próprio Constituição, em verdade, reduz sua margem de discussão e aplicabilidade à uma lei federal (Código Penal), e com critérios subjetivos muito abrangentes e sem conceitos fixados a contento de forma a suplantar um entendimento de sua inaplicabilidade.

A preocupação é tamanha que o próprio Jurista Miguel Reale, em entrevista concedida à Revista Jurídica “Consultor Jurídico” afirma que este projeto de reforma do Código Penal é na verdade uma obscenidade e que houve vários desvios de conceitos da dogmática jurídica, confundindo critérios de culpabilidade com antijuridicidade, utilização de linguagem coloquial em termos jurídicos, tais como o termo “reduzidíssimo”, não distinguindo de maneira correta a reprovabilidade que reflete na culpabilidade e a lesividade que está presente na tipicidade, enfim, entende que o projeto termina por interromper ou mesmo regredir um entendimento que vinha sendo cimentado de forma consistente, limpa e até certo ponto uniforme.

O próprio texto do projeto não preconiza de forma clara a exclusão da tipicidade, já consolidada na doutrina e jurisprudência pátrias, uma vez que fala em *exclusão do fato criminoso*, ao meu ver, uma nomenclatura por demais exagerada, já que um instituto jurídico de via interpretativa e aplicabilidade a cada caso concreto, não pode, jamais, excluir o “fato”, pois a existência deste é inquestionável, podendo ser excluídos, ai sim, por critérios de aplicação judicial, a tipicidade, a ilicitude ou a punibilidade.

Sendo o princípio da insignificância um princípio implícito da Constituição Pátria, com tanta ou mais importância que os explícitos, tendo radiações no próprio texto legal penal e um vasto suporte doutrinário e jurisprudencial, inexistente uma necessidade de trazê-lo, de forma tão controversa e até mesmo confusa ao mundo da positivação, quando não traz critérios mais objetivos de sua aplicabilidade e ainda abrem a própria fronteira da imaginação quando cria fenômenos que eram discutidos na seara dos princípios e na aplicabilidade ao caso concreto, como a lesividade e reprovabilidade da conduta, a insignificância dos danos causados ao bem tutelado,

enfim, critérios que era buscados pelos Magistrados na análise de cada caso com embasamento constitucional e que agora a lei hierarquicamente inferior quer limitar sem, no entanto, dar bases sólidas para isto, o que de fato não trará maior segurança jurídico apenas pelo fato de estar positivado.

6 CONCLUSÃO

O que se deve na verdade ser questionado é o fato de que, se existe o intuito de positar tal princípio, deve-se ao menos ter em mente a necessidade de trazer consigo os conceitos basilares de sua aplicabilidade sob pena da insurgência da chamada insegurança jurídica, uma vez que o texto do projeto não traz consigo elementos que sirvam para melhor adequar seus próprios dizeres, tais como fundamentar critérios objetivos de sua aferição.

Na verdade, no meu entender, se tem buscado no Direito Penal Brasileiro uma forma de positar o princípio do Direito Penal Mínimo e sua fragmentariedade, numa clara tentativa de enxugar o sistema carcerário pátrio, mantendo-se a restrição da liberdade apenas nos casos em que existe a necessidade de uma atuação direta do Direito Penal, retirando-se a tipicidade de condutas antes consideradas criminosas, diminuindo-se ou mesmo retirando a punibilidade de outros fatos, através de sistemas de substituição de penas, suspensão condicional do processo, transações, enfim, meios que inviabilizam o cárcere do acusado, e agora tentam aumentar esse rol com a positivação do princípio da insignificância, como que tal fato fosse provocar mais ou menos sua aplicabilidade.

No nosso entender, como já dito anteriormente, a sua positivação se torna insignificante para os objetivos referido princípio, uma vez que a sua existência no mundo jurídico enquanto princípio com base constitucional implícita e a sua própria fundamentação em textos já positivados, tornam a sua inserção no mundo das regras uma clara desnecessidade e mais, um elemento limitador de sua aplicação diante do fato

de que, como dito por Miguel Reale, existem problemas de ordem dogmática e conceitual que podem prejudicar sua própria aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

Constituição Federal de 1988.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. Ed. RT, Vol. 1, São Paulo/SP, Ano. 2009.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Ed. RT, Vol. 2, São Paulo/SP, ano 1997.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal , Parte Geral**. Ed. Saraiva, Vol. 1, 2^a Edição, São Paulo/SP, ano 2012.

SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Ed. Juruá, 1^a Edição, Curitiba/PR, ano 2004.

THE INSIGNIFICANCE OF POSITIVATION OF THE INSIGNIFICANCE PRINCIPLE

ABSTRACT

This research on the history and exploration of the applicability of the principles Homeland Criminal Law, with emphasis on the principle of insignificance, showing its legal source principled Constitutional jurisprudence and doctrine which already cover almost unanimously, but bill to reform the Penal Code try to make positive, which, in my understanding, can cause problems hermeneutical nature, besides being insignificant to the world their legal positivization.

Keywords: Criminal Law. Principle. Insignificance. Nature. Positivization.