

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA RELAÇÃO COM O MODERADO DIREITO PENAL DO FATO E COM O FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN

MARINA KATTAH

Técnica do Ministério Público – especialidade Direito
Bacharel em Direito

1. Acórdão

RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. *PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA*. ATIPICIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO E REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO AGENTE. RECURSO PROVIDO.

1. O poder de resposta penal, positivado na Constituição da República e nas leis, por força do princípio da intervenção mínima do Estado, de que deve ser expressão, “(...) só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas” (Francisco de Assis Toledo, in *Princípios Básicos de Direito Penal*).

2. *O princípio da insignificância é, na palavra do Excelso Supremo Tribunal Federal, expressão do caráter subsidiário do Direito Penal, e requisita, para sua aplicação, a presença de certas circunstâncias objetivas, como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.* 2. Recurso provido. (REsp 835723/RS; RECURSO ESPECIAL 2006/0074282-5. Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112). Órgão julgador: T6-SEXTA TURMA. Data de julgamento: 18/12/2006. Data de publicação: DJ 09.04.2007 p. 293, grifo nosso).

2. Razões

Os comentários a seguir visam examinar o princípio da insignificância, suas relações com o *direito penal do fato* e o *direito penal do autor*, com o sistema penal do funcionalismo teleológico formulado por Claus Roxin, e a possibilidade de aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade para compatibilizar os valores assegurados pelo princípio da insignificância com outros do ordenamento jurídico.

3. O princípio da insignificância

O princípio da insignificância foi cunhado por Claus Roxin, em 1964, ao partir do adágio latino *mínima non curat praetor*, com a função de orientar a interpretação dos tipos penais, valorando-se a insignificância das ofensas aos bens jurídicos por eles tutelados através da consideração conglobada da ordem jurídica.

É de frisar a imperiosidade de sua aplicação à luz de outros princípios limitadores do poder punitivo estatal, tais como o da intervenção mínima do Direito Penal e seu consectário, o princípio da fragmentariedade. Nessa esteira, o Direito Penal há de incidir na tutela dos bens jurídicos mais relevantes do ordenamento jurídico e somente quando a referida tutela não puder ser efetiva ou suficientemente assegurada pelos demais ramos jurídicos. Daí a afirmação formulada por Toledo (2002) de que o injusto penal é o único injusto total.

O princípio da insignificância tem o condão de excluir a tipicidade material, após constatada a presença das tipicidades formal e conglobante do fato praticado pelo agente, tendo sua adoção se alastrado pelos tribunais pátrios. Nestes, pacificou-se o entendimento de que sua incidência deve se restringir ao exame da conduta do agente, aos elementos objetivos do fato delituoso, quais sejam, a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

4. O direito penal do fato e o direito penal do autor

O *direito penal do fato*, outrossim denominado *culpabilidade pelo fato*, tem como ponto de partida o fato-do-agente. A conduta deste confere os contornos concretos e definitivos dos limites para a atuação do Estado na esfera penal, motivo por que é o cerne do elemento analítico do delito e normas penais incriminadoras tipificam condutas.

A tônica dada ao fato-do-agente na atualidade afasta a corrente minoritária de penalistas que partem da premissa de que a reprovabilidade social deve se destinar precipuamente ao agente pelo seu modo de ser e viver, por sua conduta de vida, por seu caráter, por sua personalidade. Os que adotam o *direito penal do autor* – nomenclatura dada às várias correntes que colocam o agente no centro do problema penal – partem da idéia de que o castigo da pena não tem por objeto a conduta por ele praticada, mas sim seu sujeito realizador segundo proclamava Franz von Liszt. Segundo seus adeptos, os fatos delituosos se prestam apenas para exteriorizar a personalidade perversa dos autos, sua má condução de vida.

Aqui, é de bom alvitre relembrar a distinção afirmada por Graf zu Dohna entre o objeto da valoração e a valoração do objeto, corretamente percebida por Hanz Welzel ao alocar os elementos do conceito analítico do crime, transportando o dolo e culpa da culpabilidade para a tipicidade. Assim, o objeto de valoração é a conduta do autor e a valoração do objeto é o juízo de culpabilidade, de censura que recai sobre aquela.

Em conformidade com a concepção finalista do crime, no juízo de tipicidade, prevalece a análise do fato-do-agente, ao passo que, no juízo de culpabilidade, analisam-se predominantemente as características do agente-do-fato, nos termos preconizados por Welzel em sua teoria adotada pelo Direito Penal pátrio.

Nesta teoria, restou evidente a importância que o fato-do-agente e o agente-do-fato, duas realidades indissociáveis, assumem no sistema penal, motivo por que o Direito Penal moderno adotou um *moderado direito penal do fato*, tal como ocorreu na Alemanha e na Itália. Essa concepção atual situa-se entre as opostas correntes da culpabilidade do fato e do direito penal do autor.

E, em atenção ao sistema jurídico-penal finalista, a utilização do princípio da insignificância como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal exclui a tipicidade material do fato, a qual se situa no objeto de valoração do Direito Penal. Assim, seu inexorável consectário é obstar a análise do juízo de censura que recai sobre o agente, sobre as características deste, sobre os elementos subjetivos inerentes ao fato delituoso os quais, no caso, devem ser entendidos como os relativos às peculiaridades do agente-do-fato.

Disso decorre a exatidão do entendimento pretoriano acima colacionado. Como o juízo de tipicidade do fato delitivo envolve elementos objetivos deste, sendo ele atípico, despicenda é a realização do juízo de censura no qual prevalecem as características do autor. Analisar os elementos subjetivos para o efeito de determinar a aplicação ou não do princípio da insignificância conduziria ao retrocesso de trazer para a tipicidade o juízo de culpabilidade.

Por outro ângulo, o entendimento dominante justifica-se pela missão precípua do Direito Penal de proteger os bens jurídicos, não se prestando, pois, como um instrumento de salvação ou depuração de quem quer que seja, nem como um meio de moldar personalidades, condução de vida ou caráter, o que ocorreria com a adoção de um *direito penal do fato*.

Portanto, o ramo jurídico penal, valendo-se do princípio em comento, exclui as infrações bagatelares próprias do âmbito protetivo do tipo penal incriminador, em razão do ínfimo desvalor da ação ou do resultado que lhes são inerentes, ainda que o agente criminoso possua uma personalidade reprovável.

5. O princípio da insignificância e o princípio da proporcionalidade

O princípio da insignificância, assim como os demais princípios do ordenamento jurídico, não possui a mesma densidade normativa de uma regra e, por conseguinte, pode coexistir com outros do ordenamento jurídico.

Essa consideração assume especial significado, quando questões tormentosas da *praxis* se apresentam em relação a determinadas peculiaridades negativas do autor, tais como sua reincidência ou seus maus antecedentes. Quanto à aplicação do princípio da insignificância, em favor do agente reincidente ou com maus antecedentes, vale formular as seguintes indagações: Essa aplicação é justa? Ela condiz com a finalidade preventiva especial positiva e negativa da pena? Ela atende à dignidade de cada um dos membros da sociedade representada pelo Ministério Público e sedenta por Justiça em um país onde a criminalidade se recrudesce a cada dia e assume níveis organizacionais cada vez mais complexos? A garantia da ordem pública não seria afetada pelos criminosos contumazes que se valem da prática reiterada de *furtos insignificantes* como um meio de vida? A segurança e a paz públicas também não seriam vulneradas? Sua aplicação não fomentaria a prática de reiteradas condutas delituosas *insignificantes*? Ela não legitimaria o constante desrespeito ao ordenamento jurídico? Sua aplicação não infirma a vigência e a aplicabilidade das normas do ordenamento jurídico e, assim, não afastaria o valor da segurança jurídica mormente da população respeitadora do Direito?

Questões tormentosas como essas são frequentes na prática forense, sendo de rigor a análise criteriosa da aplicação do princípio da insignificância, segundo a concretude de cada caso, observando-se a ponderação dos valores implementados pelo ordenamento jurídico por meio dos princípios e das regras, sempre com vistas postas no princípio constitucional da proporcionalidade, que tem como vetor o princípio da dignidade da pessoa humana.

6. O princípio da insignificância e o funcionalismo teleológico de Claus Roxin

Insta, por ora, salientar que a perspectiva axiológica e material das normas jurídico-penais está sendo revisitada pelo moderno e recente sistema penal do funcionalismo teleológico defendido por Claus Roxin.

A perspectiva *supra* surgiu na linha evolutiva epistemológica do Direito Penal com a concepção neokantista do crime. Entretanto, as valorações difusas e não hierarquizadas desta foram substituídas pelas valorações político-criminais do funcionalismo roxineano devidamente alocadas, cada qual, nas diversas categorias do conceito analítico de crime. Destacam-se entre as valorações político-criminais as concernentes

às teorias dos fins da pena e do Direito Penal, inseridos em um Estado Material de Direito, comprometido com uma tutela eficaz e legítima dos bens jurídicos.

Percebe-se, pois, que os valores irradiados pela Constituição da República no sistema jurídico penal moderno e as teorias dos fins da pena têm assumido a tônica do discurso doutrinário contemporâneo do Direito Penal.

E, especialmente no que tange a tais fins, urge aclarar que a principal finalidade legitimadora da pena da atualidade e na visão do idealizador do funcionalismo releológico, é a prevenção geral de integração, ou positiva, que busca assegurar a confiança da população na vigência fática das normas e dos bens jurídicos tutelados por estas. Em outras palavras, ressaltam-se os efeitos da pena sobre a população respeitadora do Direito, segundo informa Bitencourt (2006).

Ocorre que os valores político-criminais concernentes aos fins da pena foram devidamente posicionados pelos funcionalistas, no juízo de culpabilidade. Em razão disso, tornou-se inviável a realização de ponderações entre os mencionados valores e o implementado pelo princípio da insignificância, este verificado no juízo de tipicidade.

Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade não tem força de obstar a incidência deste, com os objetivos de resguardar a confiança que a população respeitadora do Direito tem na vigência e aplicabilidade da norma, de desestimular a prática reiterada de *condutas insignificantes* e o constante desrespeito ao ordenamento jurídico.

Vale dizer, o valor político-criminal implementado pelo princípio da insignificância há de ser examinado no juízo de tipicidade e, portanto, não pode ser elidido pela inadmissível ponderação de valores inerentes às finalidades preventivas geral e especial da pena, sejam elas positivas ou negativas, cuja análise ocorre somente no âmbito da culpabilidade penal.

Ademais, os referidos fins preventivos apenas legitimam a imposição de penas, em um Estado Democrático de Direito, quando elas configuram um meio efetivo e necessário de tutela de bens jurídicos penalmente relevantes, a qual confere o conteúdo material dos tipos penais e configura a finalidade precípua do Direito Penal, em sua incessante busca pela ordem e paz públicas.

Em outras palavras, os fins preventivos da pena não se prestam à legitimação da imposição de penas aos agentes cometedores de infrações bagatelares próprias, estas marcadas pela insignificância de conduta ou do resultado, eis que carecedoras de lesividade aos bens jurídico-penais.

É de se concluir, então, que o princípio da proporcionalidade passível de elidir a aplicação do da insignificância deve ponderar valores arraigados, localizados no juízo de tipicidade do fato-do-agente, sempre em consonância com o caso concreto.

7. Conclusão

É mister a análise do princípio da insignificância à luz das justificativas que o sistema jurídico-penal lhe confere e das concepções do *moderado direito penal do fato* e do funcionalismo sistêmico roxineano.

O uso do instrumento de interpretação restritiva do tipo penal acima comentado deve-se pautar sempre pela missão constitucional do Direito Penal na proteção dos bens jurídicos, penalmente relevantes.

No entanto, é possível a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, a fim de que os valores político-criminais do Direito Penal, localizados no juízo de tipicidade do fato, sejam ponderados, com o valor implementado pelo princípio da insignificância, no caso concreto, afastando-se a aplicação dele, caso os referidos valores sejam de superior monta.

Os valores político-criminais associadas às finalidades preventivas da pena não podem ser utilizados para obstar a aplicação do princípio da insignificância. E o mesmo ocorre no tocante aos elementos subjetivos do fato, cuja análise se põe na seara culpabilidade.

8. Referências Bibliográficas

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Luiz. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Jurídica*, n. 272.

FEITOZA PACHECO, Denílson. *Direito processual penal teoria crítica e práxis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.