

MURILLO MENDES

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. George Lopes Leite

BRASÍLIA

2010

A

Meus Pais,

João Mendes Manente e Magnólia da Silva Mendes, pelo apoio que me deram para que eu hoje estivesse na presente situação.

José, para onde?

(Carlos Drummond de Andrade)

Quem é teu inimigo?

O que tem fome e te rouba

O último pedaço de pão chama-lo teu inimigo

Mas não saltas ao pescoço

Do teu ladrão que nunca teve fome.

(Bertold Brecht)

Por grande que sea el delito

aquella pena es mayor.

(Martin Fierro)

RESUMO

O presente trabalho monográfico aborda o Princípio da Insignificância, de origem doutrinária, que informa a intervenção penal. Para o desenvolvimento do trabalho procedeu-se à pesquisa bibliográfica em sede de autores que se dedicam ao ramo jurídico correlato e também às manifestações jurisprudenciais emanadas dos tribunais pátrios. O trabalho, reconhecendo o caráter gravoso da intervenção penal e de sua *ultima ratio*, pautou-se pela análise da legitimação de tal instrumento estatal, notadamente com base nos princípios de Direito Penal. Faz referência a temas como os fins da pena e a função garantística do bem jurídico-penal e, ainda, à simbolização do Direito Penal em nosso Estado. Abordando os caracteres desse ramo do Direito, chega-se à conclusão de que a intervenção penal só deve ocorrer quando nitidamente necessária e, portanto, será carecedora de legitimação a tutela penal face a fatos que atentem de modo insignificante contra bens jurídicos, porquanto destituída de proporcionalidade tal medida. A par disso, busca discutir quais os critérios e parâmetros que se devem adotar para se aferir a insignificância do fato. Ao fim, caracteriza-se o princípio da insignificância como excludente da tipicidade material e, outrossim, faz-se a distinção entre esse e o princípio da irrelevância penal do fato, propugnado pelo autor Luiz Flávio Gomes, propondo a denominação deste último de princípio da desnecessidade preventiva de pena.

Palavras chaves: Direito Penal – Princípio da Insignificância – Limites da intervenção penal – Proporcionalidade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O SISTEMA DO DIREITO PENAL	9
2 PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL.....	18
2.1 Princípio da Legalidade	20
2.2 Princípio da Intervenção Mínima (da <i>Ultima Ratio</i> ou da Subsidiariedade) e Princípio da Fragmentariedade.....	22
2.3 Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos.....	25
3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	28
3.1 Natureza Jurídica	32
3.2 Aplicação	33
3.3 Princípio da Insignificância e Princípio da Irrelevância Penal do Fato.....	41
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda especificamente um princípio informador do Direito Penal, qual seja, o Princípio da Insignificância. O interesse pelo tema surgiu de um questionamento surgido na prática de estágio no Ministério Público Federal, na análise de delitos tributários e contra a Administração Pública, notadamente quanto à aplicabilidade nos delitos contra a administração pública que não possuem um cunho patrimonial *stricto sensu*, em especial os praticados por funcionário público, e, ainda, quanto aos critérios a serem observados na consideração da insignificância do “fato” *sub examine* e quanto aos parâmetros valorativos a serem tomados em conta.

Parece ser indiscutível a aplicabilidade, ou melhor, a inserção do princípio da insignificância no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, não basta verificar-se a positivação do instituto num determinado ordenamento para se afastar o interesse na sua análise.¹ Necessária se faz a perscruta dos diversos aspectos e elementos fundamentais do instituto e sua natureza jurídica, de forma a delimitar seu campo de aplicação, bem como fixar critérios e parâmetros para uma maior segurança e isonomia jurídica. É aqui que surge a importância do presente trabalho.

A abordagem permeará, algumas vezes, questões surgidas na jurisprudência em vista do desenvolvimento das luzes jurídicas decorrentes do movimento dialético entre a técnica jurídica e a prática forense. A técnica instrumentaliza a abordagem prática, contudo

¹ Relevamos anotar que positividade de instituto jurídico não se confunde com sua expressa previsão legal, que pode haver ou não. Diz-se positivo, juridicamente, aquilo que se encontra em vigor (aplicável) no ordenamento jurídico num determinado Estado numa determinada época (Cf. a respeito MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1. p. 8).

não de forma hermética para todas as nuances postas à análise do operador do Direito.

Com o desenvolvimento da cultura, respostas técnicas há muito sedimentadas como as mias adequadas passam a não mais corresponder ao sentimento jurídico contemporâneo. Assim, a técnica conforma a atividade prática e esta exige um constante movimento de aperfeiçoamento daquela, de modo a alcançar soluções mais satisfatórias nos aspectos jurídico e social.

O princípio da insignificância não está descrito expressamente no Direito Penal comum, conquanto esteja expressamente previsto no Código Penal Militar (artigo 240, §1º, *in fine*). Sendo assim, indaga-se: como vem sendo aplicado no cotidiano forense para resolução de casos concretos? De quais critérios deve o juiz se valer para reconhecer o princípio da insignificância? Deve considerar só a conduta (desvalor da ação) ou também deve levar em conta o resultado (o desvalor do resultado)? Ou ainda seria o caso de também se dar relevância ao desvalor da culpabilidade, examinando os bons antecedentes, a primariedade, a personalidade e outros aspectos?

A questão posta diz respeito aos critérios e parâmetros de aplicabilidade do princípio da insignificância. Sendo um princípio não legislado expressamente no Direito Penal comum, é mais do que natural a dificuldade de encontrar sua base de apoio, isto é, seus valores ou critérios de razoabilidade de forma a garantir tratamento isonômico aos fatos postos à apreciação da jurisdição penal, bem como encontrar o equilíbrio de segurança jurídica entre os extremos impunidade – (des)necessidade de intervenção penal – *ultima ratio*.

Esse instrumento de política criminal adquire primacial importância num país como o Brasil, onde a norma, notadamente a de cunho penal, institucionalizou-se como um instrumento demagógico da classe política.

Dando destaque à faceta simbólica da produção legislativo-penal brasileira dos últimos tempos e, conseqüentemente, à importância da dogmática e dos instrumentos de política criminal que devem ser adequadamente manejados pelos cultores do direito, pode-se citar as alterações casuístas promovidas na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072, de 25 de julho de 1990).

Da exposição feita decorre a necessidade de sistematização dos institutos de Direito Penal, notadamente de seus princípios informadores, com a clarificação dos critérios e parâmetros de aplicabilidade em vista da atividade eminentemente hermenêutico-valorativa a ser desenvolvida pelo jurista.

A necessidade de delimitação da intervenção do aparato repressivo penal decorre da constatação de que a “lesão ou mesmo destruição da existência social tendencialmente ligadas à pena representam em si mesmas um salto não apenas quantitativo, mas sim qualitativo em face da mera limitação de direitos fundamentais”² por meio de outros instrumentos de que dispõe o Estado como, *verbi gratia*, o direito administrativo sancionador.

Assim, há a necessidade de sistematizar o princípio da insignificância sem descuidar da efetividade e sem dar margem à impunidade de modo que o referido instituto venha a representar um instrumento que, antes de tudo, há de ser moldado sobre a dignidade da pessoa humana.³

É o que se propõe a enfrentar esta monografia.

² SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. Tradução de Luís Greco. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 53, março-abril de 2005. p. 16

³ Com essas cautelas, referindo-se às reformas no Processo Penal brasileiro, veja-se GRINOVER, Ada Pellegrini. O Interrogatório como Meio de Defesa (Lei 10.792/2003). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 53, março-abril de 2005. p.194

1 O SISTEMA DO DIREITO PENAL

Os doutrinadores não cansam de anotar que o Direito Penal é o mais gravoso de que dispõe o Estado como meio de manter a coesão e paz social, haja vista seu instrumento-sanção mais característico: a pena de privação de liberdade. Notadamente num Estado Democrático de Direito que a República Federativa do Brasil pretende ser, cuja Constituição institui como direito fundamental a garantia do *status libertatis* (art. 5º, *caput* e incisos LXI, LXV e LXVI).⁴

E assim é porque o Direito Penal atua, num primeiro momento, ameaçando aquelas condutas mais gravosas para a sociedade com uma sanção igualmente grave – a pena – e, num segundo momento, aplicando essa pena.⁵ O ilícito mais grave merece a mais grave das reprimendas à disposição do Estado. “Falar de Direito Penal é falar, de alguma forma, de violência.”⁶

Segundo Muñoz Conde, “De toda gama de ações antijurídicas que se cometem, o legislador selecionou uma parte delas, normalmente as mais graves e intoleráveis, e as cominou com uma pena por meio de sua descrição na lei penal.”⁷

Os países que admitem penas de morte e de caráter perpétuo concorrem para confirmar a assertiva.

⁴ Nesse sentido, César Roberto Bitencourt: *A gravidade dos meios* que o Estado emprega na repressão do delito, a *drástica intervenção nos direitos mais elementares* e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõe necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo. (BITENCOURT, César Roberto. **Manual de direito penal – Parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 40)

⁵ Segundo Giovanni Fiandaca, “a pena não sacrifica somente o valor da liberdade pessoal, mas outros valores primários como a ‘dignidade social’ e, de fato, frustra uma plena manifestação da personalidade humana” (FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de Política Criminal. In: *RT*, v. 776/jun. 2000. p. 417).

⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 31

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 4.

Em tempos não muito remotos, a intervenção penal se dava arbitrariamente, com a aniquilação da personalidade do apenado e aplicando-se penas infamantes e cruéis, mesmo quando ainda não se tinha um juízo de culpabilidade, conforme noticia Beccaria:

Ninguém se levantou, senão frouxamente, contra a *barbárie* das penas em uso nos nossos tribunais. Ninguém se ocupou com reformar a irregularidade dos processos criminais, essa parte da legislação tão importante quanto descurada em toda a Europa. Raramente se procurou destruir, em seus fundamentos, as séries de erros acumulados desde vários séculos; e muito poucas pessoas tentaram reprimir, pela força das verdades imutáveis, os abusos de um poder sem limites, e fazer cessar os exemplos bem freqüentes dessa fria atrocidade que os homens poderosos encaram como um dos seus direitos. Entretanto, os dolorosos gemidos do fraco, sacrificado à ignorância cruel e aos opulentos covardes; os tormentos atrozes que a barbárie inflige por *crimes sem provas*, ou por delitos quiméricos; o *aspecto abominável dos xadrezes e das masmorras*, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os infelizes, a incerteza; tantos métodos odiosos, espalhados por toda parte, deveriam ter despertado a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que dirigem as opiniões humanas.⁸

Não é necessário ir longe no tempo para se vislumbrar a violência que decorre da atuação punitiva do Estado. Basta ver exemplos que surgem com a aplicação da pena de morte em alguns estados da pátria da liberdade, os Estados Unidos da América.

Conforme anota Grinover, “a simples instauração do processo penal sempre representou um dos maiores dramas para a pessoa humana”.⁹ Destaca-se, aqui, o caráter estigmatizante que decorre da excepcionalidade da intervenção penal, com a comunicação, por meio da pena, feita à sociedade, que o apenado não conseguiu respeitar a esfera de direitos dos seus pares, de modo a por em risco o feixe de confiança que mantém a normalidade social.

Confira-se a lição da doutrina:

É que, a nosso ver, os tipos legais de crime constituem verdadeira

⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães, São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 16-17

⁹ GRINOVER, op. cit., p.194

autorização primária para que o Estado possa intervir em certas áreas reservadas, na esfera da liberdade individual. Assim, a atuação dos órgãos estatais, na prevenção e repressão do crime, encontra apoio primário na tipificação legal dos delitos, fora do que, no Estado de Direito, tal intromissão, na esfera da liberdade e dos direitos individuais, encontraria muitas limitações.¹⁰

O direito da liberdade consagrado nos moldes do liberalismo, a partir da Independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, vistos sob o prisma da classificação dos direitos humanos em gerações, correspondem aos direitos de primeira geração e somente excepcionalmente pode ser suprimido pelo Estado. Daí, a excepcionalidade da intervenção penal, a subsidiariedade e sua aplicação como solução de *ultima ratio*, porquanto viola a esfera de direitos que foram conquistados em primeiro lugar com a derrocada dos regimes absolutos.

Por isso, afirma Rawls que “*Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar.*”¹¹

Há, aqui, que se rechaçar a idéia de que a sociedade surgiu de um pacto social, extremamente arraigada, pelo menos, na cultura ocidental, herdeira do iluminismo, e de que o delito seria um descumprimento desse pacto, o qual, assim, deve ser perseguido pelo simples motivo de violar o princípio do *pacta sunt servanda* e por atacar as liberdades civis dos demais cidadãos. A persistência da filosofia acima rechaçada ou sua exacerbação leva à defesa do que se convencionou chamar de “Direito Penal do Inimigo”,¹² que, como não poderia deixar de ser, busca seus fundamentos nas teorias contratualistas pré-revolucionárias do século XVIII.

¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 4.

¹¹ *Apud* ALCÁ CER GUIRAO, Rafael. Prevención y garantías: conflicto y síntesis. In: *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, Alicante-España: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2002. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/index.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2010. p. 139

¹² Cf. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

Luiz Flávio Gomes busca demonstrar o risco aos estados democráticos de direito em razão da orientação acima exposta e pelo simbolismo atribuído ao Direito Penal, posição esta eleita pela grande mídia e acolhida em alguns setores políticos. Eis a lição:

Como devem ser tratados os inimigos?: o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, ‘ainda que de modo juridicamente ordenado’. Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas).

Características do Direito penal do inimigo: (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só sua periculosidade); (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

Esse Direito penal ‘do legislador’ é abertamente punitivista (antecipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas etc.) e muitas vezes puramente simbólico (é promulgado somente para aplacar a ira da população); a soma dos dois está gerando como ‘produto’ o tal de Direito penal do inimigo;¹³

É aqui que se deve considerar a sociedade como instrumento para a realização do homem, cujo acautelamento constitui escopo do Direito, inclusive do Direito Penal, o instrumento mais grave que lança mão o Estado.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Disponível em: <http://www.proomnis.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798&query=inimigo>. Acesso em: 15 mar. 2010.

O *habitat* humano, mais por contingência que por natureza, diga-se de passagem, deve ser visto sob esse aspecto instrumental, e não sob um prisma final.¹⁴ Não se cuida mais de garantia a ordem em busca do progresso, quando, sob essa visão, sempre se preferiu a ordem ao progresso em detrimento do bem coletivo.¹⁵

Há que não se perder de vista o caráter excepcional do Direito Penal, de modo que sobressaia o caráter instrumental da vida em sociedade em vista da danosidade social que a pena traz em si, segregando delinquentes e alheando-os dos frutos dessa instituição que os pune para se preservar.

Talvez aqui, hodiernamente, tenha-se perdido a noção da gravidade da intervenção penal, dentre outros motivos, pela falta de eficiência estatal na execução das penas aplicadas, pela crise de valores decorrentes e também, da falta de educação de qualidade. Há, ainda, o manicômio penal,¹⁶ que se enxerga no sistema jurídico-penal brasileiro, com a proeminência do caráter simbólico do Direito Penal, leis editadas por encomenda para abafar o clamor social, casuístas, sem, contudo, possuir um mínimo de eficácia e de base científica. Assim carece de legitimidade, porque paridas às pressas nos bastidores políticos.

Assim, em meio às turbulências sociais e legislativas, cabe ao jurista sistematizar sua ferramenta de modo a possibilitar o alcance de soluções adequadas para os

¹⁴ A propósito, anotou Beccaria: Ninguém fez gratuitamente o sacrifício de uma porção de sua liberdade visando unicamente ao bem público. Tais quimeras só se encontram nos romances. Cada homem só por seus interesses está ligado às diferentes combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se fosse possível, não estar ligado pelas convenções que obrigam os outros homens. (BECCARIA, op. cit., p.18)

¹⁵ Novamente Beccaria: Abramos a história, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria. (BECCARIA, op. cit., p. 15-16)

¹⁶ Parafraseou-se, nessa expressão, o insigne mestre Alfredo Augusto Becker, autor da expressão “manicômio tributário” em referência à legislação tributária pátria (BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 3).

fatos que se lhe apresentam. Neste aspecto, cre-se que a sistematização do Direito Penal não está imediatamente direcionada ao criminoso, mas à delimitação do *ius puniendi* estatal. Parte-se do ponto de que num Estado Democrático de Direito a sanção, notadamente a penal, só deve se corporificar quando necessária e adequada ao fato que lhe deu ensejo.

Nessa esteira, os ensinamentos de Beccaria:

Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.¹⁷
 Uma pena só é justa quando necessária.¹⁸
 É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.¹⁹

A principiologia instaurada pela Constituição Federal de 1988 implantou, ou ao menos tentou implantar, um Direito Penal mais condizente com a cultura moderna, inspirada na valorização do ser humano, não apenas como um ser que deve (sobre)viver, mas um ser merecedor de existência digna, livre de abusos, seja dos particulares seja por parte do aparato estatal.

Nesse sentido, e em especial relação com o ramo do direito que ora se cuida, vale conferir o disposto na Constituição Federal de 1988:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹⁷ BECCARIA, op. cit., p. 64

¹⁸ Ibidem, p. 60

¹⁹ Ibidem, p. 107

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
 XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
 XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;
 XLVII – não haverá penas:
 a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX;
 b) de caráter perpétuo;
 c) de trabalhos forçados;
 d) de banimento;
 e) cruéis;
 XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
 LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A Constituição é farta no que tange à garantia de proteção da pessoa e da sua dignidade.

Assim, é forçoso concluir que, em face da gravidade da intervenção penal, o Direito Penal só pode atuar quando esteja patente a sua legitimação, ou seja, a sua necessidade.

Nesse sentido:

El Derecho penal no es un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de determinados fines sociales. Más allá de las diferentes posibilidades de concreción, en un plano genérico el Derecho penal sirve, al igual que el Estado, al fin de la estabilidad social: mantener inalteradas determinadas normas de convivencia, evitando el bellum omnium contra omnes. Por ello, la discusión acerca de la legitimidad del Derecho penal estará íntimamente vinculada al modelo ideológico de estado de que se parte, [...]²⁰

Outrossim, para se verificar a necessidade de intervenção penal, temos que perscrutar, também, a que veio o Direito Penal? Qual fim do Direito Penal que lhe garante os nuances acima referidos? É o instrumento adequado para o fim que se propôs? Disso também cogitou Beccaria:

²⁰ ALCÁCER GUIRAO, op. cit., p. 3-4

Mas, qual é a origem das penas, e qual o fundamento do direito de punir? Quais serão as punições aplicáveis aos diferentes crimes? Será a pena de morte verdadeiramente útil, necessária, indispensável para a segurança e a boa ordem da sociedade? Serão justos os tormentos e as torturas? Conduzirão ao fim que as leis se propõem? Quais os melhores meios de prevenir os delitos? Serão as mesmas penas igualmente úteis em todos os tempos? Que influência exercem sobre os costumes?²¹

A norma não surge e deve ser aplicada unicamente para reafirmar sua validade. Há uma razão de ser da norma. Ela surge para assegurar uma situação que lhe antecede. “A finalidade precípua do moderno Direito Penal reside, por sem dúvida, na proteção de bens jurídicos cunhados como essenciais não apenas ao indivíduo, mas também à coletividade.”²²

Nesse sentido, afirma Machado:

[...] pode-se dizer que a função primordial do Direito Penal é a proteção dos denominados bens jurídicos, como também é a de limitar a intervenção do Estado nas relações sociais.

Quanto à concepção de bem jurídico, a propósito, esse conceito é inerente a este campo das ciências sociais, o Direito Penal, não se podendo estendê-lo aos outros ramos do Direito, como v.g. o Direito Civil. Ele figura como consequência do postulado da garantia, impedindo não só a intensificação dos aspectos subjetivos estranhos à realidade social, mas também a interferência do poder autoritário do aplicador da lei sobre condutas que, mesmo juridicamente relevantes, não ofendam esses bens jurídicos.²³

Prima facie, o Direito Penal se apresenta como uma lesão oficial de bem jurídico, caracteristicamente o direito de liberdade, em agravo a lesão ilicitamente provocada a determinado bem jurídico. Considerando que o necessário entendimento do que é o bem jurídico, objeto da proteção penal, constitui questão prejudicial ao adequado desenvolvimento deste trabalho, mas aceita-se essa categoria dogmática como pressuposto metodológico,

²¹ BECCARIA, op. cit., p. 17

²² CARVALHO, Érika Mendes de. O bem jurídico protegido nos delitos florestais. In: *RT*, v. 776/jun. 2000. p. 469

²³ MACHADO, op. cit., p. 107

reproduzindo o que já anotou a doutrina.²⁴

Assim sendo, definimos bem jurídico como dado fundamental para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social que tem de estar arrimado na Constituição, mas não se limita a meramente refletir valores que a Constituição consagra, uma vez que só valores fundamentais podem justificar a gravidade da intervenção penal (princípio da subsidiariedade).²⁵

Bem jurídico “é somente um distintivo para designar aquilo que pode ser legitimamente tutelável com base nas funções do Direito Penal”.²⁶

Em suma, conforme preleciona Fiandaca, “trata-se, mais simplesmente, de um conceito ao qual cabe a função de predispor diretrizes programáticas de tutela potencialmente vinculantes”,²⁷ na medida em que essas diretrizes materializam o sentimento de legitimidade da intervenção do Estado nos fatos sociais.

E, quando se fala em legitimação do Direito Penal, necessariamente temos que analisar seus princípios informadores que, incidindo sobre o Direito, garantam que esse instrumento de controle social não seja nada mais que isso.

²⁴ Nesse ínterim, bastante proveitoso, ao situar a discussão sobre o tema no cenário doutrinário contemporâneo e buscando alcançar um conceito político-criminal de bem jurídico, GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 49, julho-agosto de 2004. p. 89-147

²⁵ GRECO, op. cit., p. 116

²⁶ ROXIN, Claus *apud* FIANDACA, op. cit., p. 413

²⁷ FIANDACA, op. cit., p. 427

2 PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL

Princípio, segundo se extrai do léxico, pode ter-se por causa primária, razão, mas, também, regra, lei, preceito. Juridicamente, os princípios se apresentam como diretrizes fundamentadoras e ordenadoras de um dado sistema jurídico.

Os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado, cuja aplicação no caso concreto carece de mediações concretizadoras. São normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico. Os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.²⁸

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.²⁹

Diversos foram os princípios elaborados no intuito de sedimentar e revitalizar as garantias dos cidadãos contra as ingerências do Leviatã estatal, notadamente contra a arma mais grave à disposição deste, o Direito Penal, cujos marcos são estabelecidos nas Revoluções Burguesas do século XVIII³⁰ e o pós Segunda Guerra Mundial, marcos de saída de períodos históricos extremamente desgastantes para a humanidade, surgindo a partir deles o consenso de toda a sociedade mundial da necessidade de valorização da condição

²⁸ Parágrafo elaborado a partir do cotejo entre princípios e regras elaborado pela insigne autor português J. J. Gomes Canotilho em sua obra **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1086-1087

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1998. p. 230

³⁰ Rememoramos que um dos marcos principais da Revolução Francesa foi a tomada da Bastilha, uma prisão e, por isso mesmo, estigma do Direito Penal.

humana e de aclamação de garantias mínimas dos seres humanos. Verdadeiros picos de revitalização da principiologia no Direito. No caso particular do Brasil, a Constituição Federal de outubro de 1988 surge como resposta ao último período ditatorial.

Parece que a proeminência do pensamento principiológico na cultura jurídica pátria ganhou impulso com a promulgação da Constituição de 1988, quando se passou com maior frequência a buscar os fundamentos da ordem que surgia nos seus princípios consagrados, explícita ou implicitamente. Num primeiro momento a norma deve ser vista com base na principiologia informadora do ordenamento, partindo depois para os textos legais disponíveis, cuja validade se baseia nos princípios.³¹

Não há consenso na doutrina quanto a quais e quantos são os princípios informadores do moderno Direito Penal no Estado Democrático de Direito, havendo aqueles que invariavelmente são citados. Apesar disso, constata-se, em todos os princípios listados, o cunho protetivo e limitador da intervenção penal. Para Bitencourt, são eles: princípio da legalidade ou da reserva legal, princípio da intervenção mínima, princípio da fragmentariedade, princípio da culpabilidade, princípio da humanidade, princípio da irretroatividade da lei penal, princípio da adequação social e princípio da insignificância.³² Maurício Antônio Ribeiro Lopes refere-se aos princípios da legalidade, da taxatividade, da insignificância, da proporcionalidade, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da subsidiariedade, da adequação social, da culpabilidade, da humanidade, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da pessoalidade da pena e da individualização da pena.³³ Silva Sánchez, por sua vez, cita os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima, da

³¹ Mister recordar que a norma não se confunde com o texto legal. Aquela encontra sua expressão nesse.

³² BITENCOURT, op. cit., p. 39-50

³³ RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. Princípios Penais Constitucionais: o sistema das constantes constitucionais. In: *RT*, v. 779/set. 2000. p. 417-451

proporcionalidade, da culpabilidade e da ressocialização.³⁴ Há ainda quem mencione os princípios da ofensividade e da irrelevância penal do fato.³⁵

2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade decorre de previsão constitucional e legal, nos termos dos artigos 5º, XXXIX e XL, da Constituição Federal e 1º do Código Penal, *in verbis*:

Art. 5º. *omissis*

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

A respeito, anota Bitencourt:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta.³⁶

Essa descrição da conduta, de forma clara e precisa, instrumentaliza-se pela categoria do delito denominada de tipo (*fattispecie* ou *Tatbestand*).

El principio constitucional de que la punibilidad de un hecho tiene que estar ‘determinada por la ley’ antes de su comisión, se asienta sobre la idea de que la ley misma tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de la prohibición (el tipo), mediante la indicación de las diversas características de la conducta delictiva.³⁷

O princípio da legalidade traduz-se na norma que, segundo ela:

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). **Dogmática penal, política criminal e criminología en evolución**. La Laguna – Tenerife – Canarias – España: Editorial Comares, 1996. p. 309-323

³⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**, São Paulo: RT, 2002; Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. In: *RT*, v. 789/jul. 2001, p. 439-456.

³⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 40

³⁷ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán. Parte general**. 11. ed. Trad. del alemán por el Prof. Juan Bustos Ramírez y Prof. Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1970. p. 75.

[...] ninguém pode ser punido simplesmente por ser merecedor da pena de acordo com as nossas convicções morais ou mesmo segundo a ‘sã consciência do povo’, porque praticou uma ‘ordinarice’ ou um ‘facto repugnante’, porque é um ‘canalha’, ou um ‘patife’ – mas só o pode ser quando tenha preenchido os requisitos daquela punição descritos no ‘tipo (hipótese) legal’ de uma lei penal.³⁸

A “tipicidade é uma consequência do princípio da legalidade, já que só através da descrição das condutas proibidas nos tipos penais se cumpre o princípio *nullum crimen sine lege*”.³⁹ A princípio, pode-se indicar como tipo o preceito incriminador (preceito primário) disposto na lei, como por exemplo, “matar alguém” (art. 121, *caput* do CP). Contudo, o tipo não se exaure na descrição formal de uma conduta ou de uma situação que se quer coibir. Em verdade, a norma proibitiva inserta no tipo penal decorre de uma valoração anterior à formalização em lei, a qual exsurgiu de uma faticidade social que desencadeou a necessidade da norma. Assim, o tipo pode ser fracionado em tipo formal e material, sendo este último o conteúdo valorativo da descrição legal.

Anota Muñoz Conde que o tipo possui tríplice função: a) função selecionadora dos comportamentos humanos penalmente relevantes; b) função de garantia, na medida que só os comportamentos a ele subsumíveis podem ser penalmente sancionados; e c) uma função motivadora geral.⁴⁰

Segundo se extrai da primeira função referida, só cabe afirmar-se a tipicidade da conduta quando esta for penalmente relevante. Nisto constitui a tipicidade material.

Nesse sentido:

³⁸ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 79

³⁹ MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 4

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 42

Assim, não basta que uma conduta humana esteja formalmente descrita na lei. Mister se faz que exista um conteúdo valorativo na verificação da tipicidade de um fato, sendo de extrema importância distinguir a tipicidade formal da material. A primeira seria a adequação de uma conduta à descrição abstrata de um crime. Já a tipicidade material analisa a lesividade da ação praticada pelo agente, em face do bem jurídico protegido pela norma penal, verificando se a conduta causou efetivo prejuízo. Então, para ser delituoso um comportamento humano, além de subsumir-se a uma norma incriminadora, deve ter provocado uma ofensa relevante no bem jurídico tutelado, ou uma significativa ameaça de lesão a ele. Uma conduta pode corresponder exatamente à definição de um delito, porém, se não causa lesão ou ameaça ao bem jurídico, será considerada atípica.⁴¹

O tipo penal contém, em si, um desvalor da conduta tendencialmente direcionada à produção de lesão ao bem jurídico tutelado ou colocação deste em perigo. Se a conduta não é idônea para afetar o bem jurídico, carece de tipicidade por estar fora da esfera de proteção da norma incriminadora e, por suposto, constitui irrelevante penal.

2.2 Princípio da Intervenção Mínima (da *Ultima Ratio* ou da Subsidiariedade) e Princípio da Fragmentariedade

De início, alertamos que esses dois princípios possuem cada um conteúdo próprio. É de consenso - ao menos, para uma grande maioria - que é impossível sobreviver em uma sociedade sem regras, sem ordem, ou seja, sem controle social. Esse controle, como é do conhecimento comum, tanto pode ser feito informalmente - por meio da família, igreja, moral, ética - como formalmente - por meio das leis e normas estabelecidas pelo Estado (União, Estado-membro, Distrito Federal e Municípios).

O Estado faz o controle social, daí rotulado como formal, por meio do seu ordenamento jurídico (leis trabalhistas, civis, empresarial, administrativas, penais e demais). A consequência é a obrigação de se cumprir o mandamento que a lei determina, como, por exemplo, obedecer a determinadas imposições trabalhistas, reparar o dano causado, cumprir certas sanções administrativas ou penais.

⁴¹ MARQUES, Ana Carolina Marinho. **Princípio da Insignificância**. São Paulo: Praetorium, 2005. Disponível em: <http://www.weblife.locaweb.com.br/clients/praetorium/especial_76.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

Não há dúvida de que o controle levado a efeito pelo Direito Penal é o mais rígido. Em face da sanção penal, restringe-se direta ou indiretamente o direito de liberdade do cidadão ou, em casos extremos, elimina a sua própria vida. Trata-se, com efeito, de uma interferência do Estado na vida e na liberdade das pessoas (direitos fundamentais). Vale dizer, o Estado, por meio do Direito Penal, em defesa do interesse social, está autorizado a interferir na liberdade do cidadão, porém, não a qualquer custo. Os fins não justificam os meios.

É a partir dessa perspectiva que se trabalha com a idéia de que a função precípua do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais à tranqüilidade social, porém como *ultima ratio*, ou seja, como última opção de controle.

Ao glosar a atividade jurisprudencial do Tribunal Supremo de Espanha, Silva Sánchez anota:

En algunas sentencias se observa que la interpretación del tipo se construye partiendo de nociones inequívocamente político-criminales como las que aluden al carácter subsidiario de la intervención penal. Ello, de nuevo, conduce a que, en supuestos en que se ha realizado gramaticalmente el tenor del tipo, se excluya la tipicidad material, apelando al carácter de ‘ultima ratio’ del Derecho penal, que ciertamente aparece combinado con referencias a la ‘interpretación de las normas conforme a la realidad social’ (art. 3.1 del CC) y el propio – antes mencionado – de exclusiva protección de bienes jurídicos.⁴²

Válido transcrever a preclara lição dada por Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

Sabidamente a pena criminal é uma solução imperfeita – não repara a situação jurídica ou fática anterior, não iguala o valor dos bens jurídicos postos em confronto e impõe um novo sacrifício social –; assim, deve ser guardada como instrumento de *ultima ratio*. Como afirma Muñoz Conde, ‘o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes’.

Entendendo ser necessário dar solução ao problema em foco, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 8.º, determinou

⁴² SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 317

que ‘a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias...’ Punha-se, assim, um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime. Surgia o princípio da necessidade ou da intervenção mínima, preconizando que só legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.⁴³

Assim, o Direito Penal é a *ultima ratio* de conformação social e, portanto, só deve ser chamado a intervir quando estritamente necessário, de acordo com a constância e gravidade das condutas lesivas ao bem e a valoração que este recebe do corpo social.

Por outro lado, deduz-se do princípio da fragmentariedade que a esfera de atuação penal não é linear, porém pontual, seletiva. Só cabe a intervenção penal contra determinadas formas de ataques a determinados bens, sob pena de se incorrer em maximização do Direito Penal e, por conseguinte, num Estado do medo.

Esse princípio é corolário daquele. “Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos.”⁴⁴

Vê-se, pois, pelo conteúdo dos princípios acima referidos, que se direcionam, precipuamente, à atividade legislativa penalizadora. Há que se conter a sanha populista daqueles que se deixam levar pelo clamor público e por interesses eleitoreiros na atividade de representação da vontade popular, notadamente quando essa vontade decorre de um povo idiotizado e analfabeto, que ainda está à espera de um líder-salvador que o conduza à salvação, não importando os meios.

⁴³ RIBEIRO LOPES, op. cit., p. 437-438.

⁴⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 42.

2.3 Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos

O Direito, especificamente o Direito Penal, não serve para a conformação da massa social de acordo com o matiz de valores morais determinados pelos detentores do poder, mas deve ser instrumento de proteção social:

O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal reside na *proteção de bens jurídicos* – essenciais ao indivíduo e à comunidade –, dentro do quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado de Direito democrático (teoria constitucional eclética). Reveste-se tal orientação de capital importância, pois não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão (princípio da lesividade ou ofensividade) (sic) a um bem jurídico determinado. Sob esta perspectiva, a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária (princípio da necessidade), imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana.⁴⁵

Nesse diapasão, a intervenção penal só estará legitimada quando efetivamente estiver direcionada à proteção de bens jurídicos e, portanto, estando descabida a incriminação de condutas ou modos de vida unicamente em vista da padronização político-moral.

Há que sempre se ter em vista a função do Direito Penal, sem o que falecerá legitimidade à reprimenda que se queira impor. Tal é o conteúdo do princípio ora referido.

2.4 Princípio da Adequação Social

O princípio da adequação social foi elaborado pela penalista alemão Hans Welzel, como uma teoria geral de interpretação e compreensão dos tipos penais. Visa analisar a atipicidade das condutas que se movem por completo dentro do marco de ordem social, histórico, normal da vida porque são socialmente adequadas. Segundo o referido autor:

⁴⁵ RIBEIRO LOPES, op. cit., p. 451

En la función de los tipos de presentar el ‘modelo’ de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, están referidos a la vida social, pero, por otra parte, son precisamente inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social.

Esto repercute en la comprensión e interpretación de los tipos, que por influencia de la doctrina de la acción causal era demasiado restringida, en cuanto se veía la esencia del tipo en lesiones causales de los bienes jurídicos. Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social.

La adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales: es el estado ‘normal’ de libertad social de acción, que les sirve de base y supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos – por ejemplo, de acuerdo a criterios causales.⁴⁶

Ao fim, conclui: “*La adecuación social es un principio general de interpretación, cuya significación no se limita de ningún modo sólo al Derecho Penal, sino que abarca el ordenamiento jurídico general.*”⁴⁷

Conforme Engisch:

[...] também a tese de H. Welzel segundo a qual as ‘condutas socialmente adequadas’, que se comportam nos quadros dos ‘ordenamentos ético-sociais historicamente constituídos’, são excluídas do círculo das condutas penalmente relevantes, se reconduz à interpretação teleológica da lei.⁴⁸

Pode-se dizer que, segundo o princípio da adequação social, a conduta formalmente subsumível ao tipo incriminador não pode ser tida como delituosa em vista de sua indiferença frente à normalidade das relações sociais, sendo tolerada. Esse princípio possui o caráter de costume *contra legem* já que a conduta, nos moldes como descrita no tipo, não traria mais interesse em sua repressão. A ação não é mais desvalorada. Assim anota

Bitencourt:

⁴⁶ WELZEL, op. cit., p. 83-85

⁴⁷ Ibidem, p. 86

⁴⁸ ENGISCH, op. cit., p. 156.

As conseqüências da chamada ‘adequação social’ não encontrou ainda seu porto seguro. Discute-se se afastaria a tipicidade ou simplesmente eliminaria a antijuridicidade de determinadas condutas típicas. O próprio Welzel, seu mais destacado defensor, vacilou sobre seus efeitos, admitindo, inicialmente, como excludente da tipicidade, depois como causa de justificação e, finalmente, outra vez, como excludente de tipicidade. Por último, conforme anota Jescheck, como princípio geral de interpretação, entendimento até hoje seguido por respeitáveis penalistas.⁴⁹

⁴⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 48

3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância é o postulado de política criminal segundo o qual os fatos que causem lesão mínima ao bem jurídico tutelado pela norma, embora formalmente subsumíveis a um tipo incriminador, não de ser considerados materialmente atípicos.

Assim a lição de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, senão vejamos:

O princípio da insignificância é a válvula de resgate da legitimidade do Direito Penal, com o adensamento de seu significado axiológico proporcional à qualidade de fatos que visa abstrata e concretamente reprimir.⁵⁰

A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo este princípio, que Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativo uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Assim, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.⁵¹

O princípio da insignificância, como instrumento de política-criminal nos moldes aqui referidos, foi elaborado por Claus Roxin e, segundo ele, “permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos”, numa interpretação restritiva dos tipos penais, de forma a realizar a “função de Magna Carta e a ‘natureza fragmentária’ do Direito Penal”, mantendo íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico.⁵² Assim se conservaria a função de garantia cometida ao tipo.

A elaboração do princípio da insignificância parte do pressuposto de que a

⁵⁰ RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. **Princípio da insignificância no Direito Penal: análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 20

⁵¹ RIBEIRO LOPES, op. cit., 2000, p. 429, grifo nosso

⁵² ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47

tipicidade penal não se esgota na verificação assintomática dos termos descritivos do preceito primário da norma incriminadora, tal qual propugnado pelos causalistas, devendo-se considerar, ainda, a teleologia inserta na norma, ou seja, o fim de proteção de bem jurídico. Em outras palavras, vislumbra-se na tipicidade duas facetas: uma formal e outra material.⁵³

Conforme já anotado, o Direito Penal se presta à proteção de bens jurídicos contra condutas que os lesem ou exponham a perigo de lesão e, portanto, as condutas que não possuam tal característica (idoneidade) ou que afetem de modo ínfimo esses bens não interessam ao ramo penalístico do Direito por insignificantes em cotejo com a gravidade da intervenção penal.

O princípio da insignificância se mostra como consectário da ingerência de preceitos político-criminais no âmbito da dogmática penal. O juízo a ser formulado em vista desse princípio é o de proporcionalidade e razoabilidade da intervenção penal em face da lesão provocada ao bem jurídico ou grau de colocação deste em perigo, tudo em vista dos fins do Direito Penal e, por suposto, da pena.

Neste momento, há que se rememorar que bem jurídico não se confunde com o objeto material do delito,⁵⁴ o que se vê das definições de bem jurídico alhures colacionadas. A atividade valorativa do jurista é mais complexa do que se pretende crer. Não basta a análise única, ou preponderante, do resultado natural da conduta. O bem jurídico se mostra como valor social e é dessa perspectiva que se deve partir.

⁵³ A propósito: Esta incorporação de valores político-criminais na hierarquia positivista-conceitual da teoria do delito criou uma ambigüidade sistemática, que se espelha na bipartição entre uma perspectiva formal e material. Quando a interpretação de tipos avalorados e quase automática, em correspondência ao ideal positivista-liberal, não alcança soluções claras ou aceitáveis, a solução é procurada teleologicamente, através do bem jurídico. (ROXIN, op. cit., p. 25-26)

⁵⁴ Nesse sentido, Juarez Tavares: O bem jurídico, por seu turno, não se confunde com o objeto da ação, pois não pode ser entendido no sentido puramente material, como se fosse uma pessoa ou uma coisa, mas no sentido de característica dessa pessoa e de suas relações, isto é, como valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu desenvolvimento. (TAVAREZ, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 181)

Na aferição da insignificância de um fato formalmente delituoso, a análise ou juízo não deve somente recair sobre a lesão ao objeto material do delito ou o potencial de lesão a este. Objeto material da conduta não se confunde com objeto de tutela. Assim, considerando-se que aos sujeitos sociais são cometidas suas atribuições dentro do papel social que lhe é devido, há que sempre se ter em vista a idéia de que num crime não interessa só o efeito exterior mas importam, ainda, outros momentos, *verbi gratia*, a especial posição como pai, funcionário público, empresário etc.⁵⁵

Destarte, há que se verificar a carga comunicativa que exsurge do fato formalmente típico, a ameaça ao bem jurídico e, por conseguinte, à normalidade social, para se aferir realmente se tal fato é ou não um insignificante penal.

Assim, forçosamente, a verificação da insignificância da lesão posta à análise do jurista há que se pautar por critérios de valoração a serem perquiridos em vista do bem jurídico tutelado pela norma. De primacial importância, destarte, a identificação dessa categoria dogmática – o bem jurídico – já que insignificante será a lesão a ele provocada.

Na lição de Juarez Tavares:

Bem jurídico na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica.

Entendido como valor e não como dever é o bem jurídico, pois, reconduzido à condição de delimitador da norma.⁵⁶

Os comandos e normas do Direito têm as suas raízes nas chamadas normas de valoração, eles fundamentam-se – dito de forma mais simples – em valorações, em aprovações e desaprovações.⁵⁷

O fato deve ser valorado, valoração essa submetida aos parâmetros que

⁵⁵ Nesse sentido ENGISCH, op. cit., p. 187

⁵⁶ TAVARES, op. cit., p. 180

⁵⁷ ENGISCH, op. cit., p. 46

surtem da carga cultural vigente em determinada sociedade. Assim, os tipos penais não podem ser considerados somente sob o aspecto formal, pois, para sua formulação, necessariamente aconteceram uma multiplicidade de fatos que atentavam contra determinado valor social, fatos esses valorados negativamente, dando ensejo ao surgimento da norma proibitiva. Ora, se o juízo de valoração está diretamente submetido à cultura contemporânea a sua formulação, é de se ver que fatos anteriormente tidos como ofensivos poderão não o ser mais, por não atingir a estabilidade social, sofredora de novas formas de ataques que lhe ameaçam mais gravemente, perdendo funcionalidade a intervenção naqueles fatos que não mais lha desestabilizam.

Com a teleologia inserta nessa orientação propugnada perde-se a estabilidade⁵⁸ que sempre se quer vislumbrar nos meios científicos, já que em cada caso concreto necessariamente há que se proceder ao um juízo de valor cotejando o fato com a realidade sócio-jurídica em que inserido.

Se o fato não contradiz a identidade social, quer dizer, não é idôneo para perturbar os laços que sustentam as relações sociais enquanto estrutura estável, então descabe a intervenção do Direito Penal pela ausência de qualquer traço comunicativo da ação. Esta não transmite qualquer sentido de violação da norma.

Por isso que nos delitos tributários, por exemplo, o juízo a ser formulado quanto à gravidade da lesão não pode ser procedido somente em vista do valor sonogado ou elidido, mas considerando-se, ainda, a especial relação que o contribuinte possui com o aparato estatal e, ainda, a forma como se insere no meio e a carga comunicativa que sua ação possui. Desse modo também se deve proceder na análise daqueles delitos em que o autor do

⁵⁸ Mas não a segurança, por isso que se procede à sistematização do Direito.

fato possua uma especial relação jurídica com o ofendido, notadamente nos delitos praticados por funcionários públicos ou equiparados contra a Administração Pública.

Por sua vez, mister ressaltar que os crimes de menor potencial ofensivo nada têm que ver com a insignificância penal do fato. Nesta, a abordagem é material, naqueles adota-se um critério formal (quantidade abstrata de pena) determinante da adoção de rito procedimental mais célere e de institutos de descarcerização – a transação penal e o *sursis* processual, *verbi gratia*.

3.1 Natureza Jurídica

Pode-se afirmar, pois, que a natureza jurídica do princípio da insignificância é de excludente da tipicidade material, não obstante se possa afirmar no caso concreto a tipicidade formal, haja vista que o bem jurídico tutelado constitui o conteúdo material do injusto.

O princípio da insignificância tem por corolário a acomodação do tipo legal abstrato à realidade dos fatos sociais.

Chegou-se a afirmar que a insignificância penal do fato afastaria a sua ilicitude. Nesse sentido, Paulo César Piva:

Assim, seguindo as vias traçadas pelo princípio da insignificância como *excludente de ilicitude penal*, chegamos à indelével ilação de que não basta somente que a conduta se ajuste ao tipo penal, devendo, ainda, causar uma lesão social significativamente relevante para a eficaz caracterização do crime, muito embora, sob o ângulo estritamente formal, encontrar-se aquela ação subsumida à figura delitiva que lhe foi direcionada.⁵⁹

Contudo assim não é. Não há que se confundir as categorias do delito como

⁵⁹ PIVA, Paulo César. Princípio da Insignificância: excludente de ilicitude e tipicidade penal. In: *RT*, v. 778/ago. 2000. p. 499-502, grifo nosso

se se tratasse de um tipo-total de injusto.

O princípio da insignificância não pode ser tido como excludente da ilicitude haja vista que não comporta um preceito permissivo, tal qual a legítima defesa ou o consentimento do ofendido.

Ao afirmar-se ou negar-se a antijuridicidade de um fato, tal juízo reflete em todo o ordenamento jurídico. Se o princípio da insignificância possuísse a natureza de excludente da ilicitude, toda forma de intervenção jurídica no fato penalmente irrelevante estaria obstada. Contudo, a insignificância penal não impede que o lesionado busque a recomposição de seu patrimônio jurídico em face do autor do fato.

Assim a lição da doutrina, senão vejamos:

Note-se que a gradação qualitativa e quantitativa do injusto, referida inicialmente, permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado – se necessário – como ilícito civil, administrativo etc., quando assim o exigirem preceitos legais ou regulamentares extrapenais. Aqui, mais uma vez, se ressalta a maior amplitude e a anterioridade da ilicitude em relação ao tipo legal de crime.⁶⁰

Talvez se tenha sustentado, outrora, que o fato penalmente insignificante careceria de antijuridicidade e não de tipicidade material porque, aqui, sempre se trabalhou com a tipicidade formal dos causalistas, alheada a valorações. Assim, qualquer valor a ser atribuído ao fato recaía sobre a antijuridicidade, onde se avaliava o desvalor em face do ordenamento jurídico.

3.2 Aplicação

Não vislumbra-se que há óbice à aplicabilidade do indigitado princípio a

⁶⁰ TOLEDO, op. cit., p. 134

qualquer espécie de delito, devendo o jurista lançar mão, na sua atividade hermenêutica, tanto de bases cognitivas legais como extralegis porquanto o Direito se insere e se ocupa, como as outras ciências do espírito, da realidade humana que é a vida em sociedade.

Nesse sentido, é a lição de Alcácer Guirao:

No obstante, es indudable que el sistema del Derecho penal, a la hora de tomar decisiones tanto legislativas como judiciales, no puede desvincularse de las representaciones de justicia asumidas por la sociedad, por lo que la idea de la aceptación de la imposición de la pena por parte de la sociedad debe ser un factor importante a la hora de ponderar su aplicación. Y ello atendiendo tanto a razones pragmáticas como de legitimación. Desde un punto de vista legitimatorio, porque en un Estado democrático ha de partirse de que el Derecho es un instrumento establecido por el autogobierno de los ciudadanos para la satisfacción y protección de sus intereses, por lo que, en la medida en que es creado por el consenso libremente expresado de los ciudadanos, sólo un orden jurídico cuya validez sea reconocida por los mismos será legítimo.⁶¹

Destarte, há que se perquirir a legitimidade da intervenção penal no caso concreto, tendo em conta o bem jurídico referente ao tipo incidente e o grau de lesão para, aí sim, afirmar-se ou não a insignificância do fato. Não cabe afastar a aplicabilidade *ex ante, in abstracto*, do princípio da insignificância somente em vista do bem jurídico protegido pela norma, já que insignificante, como já dito, será a lesão ou grau de exposição a lesão causada concretamente.

“Pode, de um modo inteiramente geral, afirmar-se que a indagação destas valorações subjacentes às regras jurídicas é de máxima importância para a correcta compreensão e para a determinação do conteúdo de tais regras.”⁶² Assim é que se tem que indagar qual o bem jurídico (valor) tutelado pela norma ou em razão do qual se a instituiu para, num segundo momento, aferir-se se a conduta sob análise atentou contra tal bem ou valor.

⁶¹ ALCÁCER GUIRAO, op. cit., p. 17-18, grifo nosso

⁶² ENGISCH, op. cit., p. 47

Não obstante, o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região vem negando a aplicabilidade do princípio da insignificância nos delitos ambientais ao argumento de que os danos causados ao ambiente são irreparáveis.⁶³

Outrossim, chegou-se a afastar a aplicação do princípio da insignificância em defesa do sentimento de tolerância zero da população e para se evitar a propagação da “pequena criminalidade”. Vejamos:

Embora ponderável a posição dos que sustentam o acolhimento do princípio da insignificância – *de minimus non curat praetor* –, não se mostra ele integralmente prestigiado pela maioria dos operadores e sua aplicação deve ser restrita, pena estimular-se a reiteração de pequenos delitos, diluindo a consistência já atenuada dos freios éticos, fenômeno nítido da chamada pós-modernidade. A teoria do crime de bagatela, por sedutora possa parecer, não tem prevalecido na jurisprudência dos Tribunais brasileiros. Pois mostra-se incompatível com o clamor da comunidade por uma tolerância zero em relação a qualquer tipo de conduta vulneradora de bens da vida, até como forma preventiva de mais intensas incursões pela criminalidade.⁶⁴

No caso concreto, o réu foi condenado pelo furto de três galinhas avaliadas em R\$ 15,00 (quinze reais), as quais, segundo ele, comeu juntamente com sua esposa e filhos, estando desempregado à época do fato.

Noutro caso, condenou-se o réu pela subtração de quatro dúzias de poncãs porque, confesso, afirmou que “vendo os pés carregados, com os frutos se estragando ou servindo de ração bovina, resolveu apanhar uma certa quantia para seu consumo e o de sua família”.⁶⁵

Olvida-se que a criminalidade de bagatela notoriamente se caracteriza pela eventualidade em referência ao autor. Os criminosos não-eventuais miram proveitos de grande

⁶³ Assim: RCCR 34000132970/DF, 3ª T., rel. Des. Fed. Cândido Ribeiro, DJ de 19/12/2003, p. 116; RCCR 2003.34.00.019636-7/DF – rel. Des. Fed. Carlos Olavo, Boletim Informativo de Jurisprudência - BIJ do TRF1 n. 155, p. 3-4.

⁶⁴ TACrim/SP, Ap. 1.186.237/3, relator Juiz Renato Nalini. In: *RT*, v. 782/dez. 2000, p. 603-605

⁶⁵ TACrim/SP, Ap. 819.419/1, relator Juiz Haroldo Luz. In: *RT*, v. 714/abril 1995, p. 381-382

vulto e, por conseguinte, invariavelmente, as circunstâncias em que praticam seus atos impedirão o reconhecimento da insignificância em tais casos. Não foi o que se verificou nas situações acima mencionadas as quais, a nosso juízo, não chegaram a ofender o bem jurídico “patrimônio” dada sua escassa lesividade.

Em verdade, deve-se proceder à identificação do bem jurídico protegido pela norma e ponderar a gravidade do fato frente à proteção que se quer dar. Propugnando pela necessidade de identificação do bem jurídico tutelado, temos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA POR INFRAÇÃO DO ARTIGO 312, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. REJEIÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONSISTÊNCIA DA IRRESIGNAÇÃO.

1 - Tratando-se de imputação de peculato, inaplicável o princípio da insignificância, para justificar a atipicidade da conduta, à vista da suposta pequenez das importâncias desviadas, já que ‘o bem jurídico que se pretende ver tutelado, em crimes desta natureza, é a probidade administrativa, no que tange ao patrimônio público; o interesse patrimonial do Estado, no sentido de zelar pela probidade e fidelidade do funcionário público para com a administração’ (do opinativo ministerial).

2 - Recurso provido.⁶⁶

Quanto à aplicação do princípio nos delitos envolvendo o porte de entorpecentes, anotou o ministro Celso de Mello:

Cumprir advertir, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, em tema de entorpecentes (notadamente quando se tratar do delito de tráfico de entorpecentes) – por considerar ausentes, quanto a tais infrações delituosas, os vetores capazes de descaracterizar, em seu aspecto material, a própria tipicidade penal – tem assinalado que a pequena quantidade de substância tóxica apreendida em poder do agente não afeta nem exclui o relevo jurídico-penal do comportamento transgressor do ordenamento jurídico, por entender inaplicável, em tais casos, o princípio da insignificância (RTJ 68/360 – RTJ 119/453 – RTJ 119/874 - RTJ 139/555 – RTJ 151/155-156 – RTJ 169/976 – RTJ 170/187-188 - RTJ 183/665 – RTJ 184/220).⁶⁷

Não vemos como se sustentar tal idiosincrasia somente em vista do bem jurídico tutelado pela norma. Ademais, noticia Ángel Torío López:

⁶⁶ TRF1, RCCR 34000473165/DF, relator Juiz Hilton Queiroz, DJ de 06/02/2002, p. 9.

⁶⁷ STF, HC 84412 MC/SP, relator Ministro Celso de Mello, *Informativo STF*, n. 354, 28 jun. 2004 a 2 jul. 2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 mar. 2010.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, sensible a la nueva atmósfera cultural de la teoría del delito, a la idea de que los tipos son realidades sociales, non mandatos lingüísticos incondicionales, es decir, a la comprensión del Derecho penal como medio de protección de los bienes jurídicos no solo ha dado entrada a la doctrina de la imputación objetiva, sino que en otros campos, ante todo en el delito de tráfico de drogas, ha resaltado que una acción inocua para el bien jurídico, es decir, un acción carente de dañosidad o lesividad potencial para la salud pública, pese a coincidir formalmente con su tenor lingüístico no esta materialmente comprendida en el tipo.⁶⁸

Seguindo esse entendimento, pode-se afirmar que o equívoco na posição do STF referida se encontra na má apreciação/identificação do bem jurídico tutelado e do modo como a conduta tipificada mostra-se idônea a lesionar tal bem.

Traz-se a lição dada por Bernd Schünemann:

A meu ver, a concretização da fórmula da *ultima ratio* deve ocorrer não através de tais abordagens globalizantes e simplificadoras, mas por meio da construção de grupos de casos, que partam do bem jurídico protegido, levem em conta os caminhos que conduzem à sua lesão em determinado contexto histórico-social, bem como os recursos para a sua proteção, desdobrando assim a necessidade de proteção do bem jurídico numa análise tridimensional. Esta necessidade de proteção deve, por outro lado, ser contraposta à perda de liberdade de ação, para se determinar o alcance adequado da proibição penal. O resultado deste raciocínio pode, primeiramente, ser formulado por meio de máximas político-criminais, sobre as quais os espaços de discricionariedade do legislador devem ser então projetados, que lhe têm de ser concedidos no âmbito do reexame constitucional do poder legislativo pelo poder judiciário. Os limites a estes espaços de discricionariedade marcarão, assim, a barreira insuperável da política criminal no Estado de Direito.⁶⁹

E, em seguida, prossegue:

3. Compreende-se, assim, que este exame diferenciado da matéria jurídica deve ser realizado por meio de uma rede de categorias, que vai tornando-se cada vez mais refinada à medida em que se avança na concretização. A primeira distinção categorial já de há muito conhecida diz respeito às espécies de bens jurídicos, que podem ser ou individuais ou coletivos. A próxima distinção, que de certa forma entrecruza a que acabamos de fazer, separa bens jurídicos que consistem em objetos fisicamente individualizáveis

⁶⁸ TORÍO LÓPEZ, Ángel. Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales e legislativas. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). **Dogmática penal, política criminal e criminología en evolución**. La Laguna – Tenerife – Canarias – España: Editorial Comares, 1996. p. 372.

⁶⁹ SCHÜNEMANN, op. cit., p. 23.

e lesionáveis dos bens jurídicos institucionais, que se referem a um conjunto de condições sociais gerais, cujo atendimento é em princípio indispensável para uma convivência pacífica e próspera da sociedade.

Ao lado deste grupo de bens jurídicos coletivos, apresentam extraordinária importância os bens jurídicos institucionais, caracterizados estruturalmente por Hefendehl como bens jurídicos de confiança (*Vertrauensgüter*), cuja especificidade se encontra no fato de que, se por um lado, uma única ação indesejada não consegue afetar consideravelmente a confiança coletiva como o pressuposto do funcionamento de determinados fenômenos socialmente importantes, por outro, se se permitisse o comportamento em questão, desapareceriam as condições institucionais para a existência da referida confiança.

Gostaria apenas de observar que a distinção não deve, obviamente, ser entendida em sentido classificatório, e sim tipológico, porque um bem jurídico institucional como a honra apresenta em alguns de seus elementos, como, v.g., a real boa reputação, traços de um bem jurídico fisicamente individualizável.

4. Nem por isso deixam as categorizações acima estabelecidas de ter, enquanto tais, importância fundamental para fixar os pressupostos e o alcance da proteção penal.

a) Primeiramente, esta distinção permite desmascarar a rua sem saída argumentativa do ‘bem jurídico coletivo aparente’, responsável por numerosos erros da jurisprudência. Um tal ‘bem jurídico coletivo aparente’ é a saúde pública, que na verdade é composta da soma das saúdes de cada cidadão individual segundo uma perspectiva da lógica de classes. Esta errônea aglomeração de bens jurídicos individuais num coletivo serve à jurisprudência de argumento para que se ignorem por completo os princípios da exclusão da proteção penal em face do consentimento do titular do bem jurídico, o que torna possível que se apene severamente, pela lesão de um bem jurídico real, uma conduta que poderia no máximo ser merecedora de pena em razão de perigos indiretos para outros bens jurídicos.⁷⁰

Há que se fazer uma valoração ético-socialmente condicionada da situação de fato na totalidade e na plenitude dos seus elementos, de modo que a compreensão da essência do delito como afetação de bens jurídicos nos levará a ponderar estes, influenciando, assim, a direção que se deve seguir na interpretação do tipo legal.

Nos dizeres de Engisch, “De diversas formas e em diferente medida, o órgão aplicador do Direito, [...], é chamado a descobrir o Direito do caso concreto, não simplesmente através da interpretação e da subsunção, mas também através de ‘valorações e

⁷⁰ SCHÜNEMANN, op. cit., p. 23-26, grifo nosso

decisões de vontade.”⁷¹

A título de notícia jurisprudencial, consignamos que os Tribunais pátrios, nos delitos tributários (Lei 8.137/90), de descaminho (art. 334 do CP), de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) e sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP), vêm, quase que pacificamente, considerando como insignificante o fato quando o valor sonegado, devido em vista da mercadoria descaminhada e apropriado não ultrapassar àquele que autoriza o não-ajuizamento de execuções para a recuperação dos valores na seara cível pela Fazenda Pública, o qual, atualmente, está fixado no art. 20 da Lei 10.522/2002, alterada pela Lei 11.033/2004, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Assim:

EMENTA – DIREITO PENAL. CRIME DE CONTRABANDO POR ASSIMILAÇÃO. CIGARROS. REINSERÇÃO DE MERCADORIA BRASILEIRA DESTINADA À EXPORTAÇÃO NO TERRITÓRIO NACIONAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. VALOR INFERIOR A R\$ 2.500,00, NOS TERMOS DA LEI N.º 10.522/02. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE. PRECEDENTES DO STJ.

1. Se a própria União, na esfera cível, a teor do art. 20 da Lei n.º 10.533/2002, entendeu por perdoar as dívidas inferiores a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), não faz sentido apenar o recorrente pelo crime de contrabando por assimilação, pelo fato de ter introduzido no país mercadoria nacional sem o recolhimento de tributo inferior ao mencionado valor.
2. Aplicação do princípio da insignificância como causa suprallegal de exclusão da tipicidade. Precedentes do STJ.
3. Recurso provido.⁷²

Nessa seara, traz-se o voto proferido pelo eminente desembargador federal do TRF da 4ª Região Paulo Afonso Brum Vaz nos autos do recurso criminal em sentido estrito n.º 2003.70.02.005859-0/PR, *in verbis*:

A significativa elevação da quantia cuja cobrança é dispensada pela Fazenda

⁷¹ ENGISCH, op. cit., p. 248

⁷² STJ, RESP 308307/RS, DJ de 12/04/2004, p.232

faz ressurgir o problema da aplicação do princípio da insignificância ao delito capitulado no art. 334 do Código Penal. Seria possível, mantida a lógica que inspirou a solução até hoje adotada, dar-se por atípica a conduta quando o valor iludido (no caso de descaminho) ou o valor estimado (no caso de contrabando) não superar o limite estabelecido com a alteração legislativa levada a efeito (R\$ 10.000,00)? Haveria, como se pretendeu durante todo esse tempo, subordinação direta da tipicidade penal ao juízo discricionário que o legislador faz sobre as quantias que devem ou não ser cobradas pelo fisco?

Discorrendo sobre o bem jurídico tutelado pela norma penal em questão, Márcia Dometila Lima de Carvalho ensina que ‘o *caput* do art. 334 do Código Penal contém duas normas e dois preceitos diversos. Na primeira delas, atinente ao contrabando, o preceito consiste em proibir que determinadas mercadorias entrem ou saiam do território nacional. O preceito veda, portanto, tratando-se de contrabando, a exportação ou importação em si mesmas, não cogitando de encargos fiscais. A segunda norma, relativa ao descaminho, não veda especificamente a exportação, importação ou consumo de mercadorias, mas sim a prática de tais atos sem cumprimento das obrigações fiscais respectivas. Nesta última hipótese, destarte, o preceito impõe a satisfação dos encargos aduaneiros, sempre que exporte, importe ou consuma mercadorias. No tocante ao objeto jurídico, a norma concernente ao descaminho envolve primordialmente interesses do Fisco, embora, consoante já ressaltado, a intensidade da carga tributária, em matéria de exportação ou importação, seja norteadada por finalidades extrafiscais. No que tange ao contrabando, a norma tem por objeto a tutela de interesses diversos, como, por exemplo, a higiene, a moral comunitária e, principalmente, a segurança e a autonomia nacionais’ (in *Crimes de Contrabando e Descaminho*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 10/11).

Relativamente ao delito de descaminho, basta, para infirmar a tese de que a dispensa da cobrança tornaria atípica a conduta, a advertência de que, embora de interesse do Fisco, os tributos exigidos, na hipótese, *cumprem função extrafiscal*. Configura-se a extrafiscalidade, nas palavras de Hugo de Brito Machado, ‘quando seu objetivo principal (do tributo) é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros’ (in, *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 61). Se a principal função dos tributos devidos por ocasião de importação ou exportação de mercadorias não é o aporte de recursos ao Tesouro, então não se pode conceber uma relação direta entre a tipicidade da conduta e a dispensa, pelo fisco, da cobrança respectiva, de modo que, elevado o montante da renúncia fiscal, ficaria também redimensionado o critério para aferição do enquadramento típico da conduta. Há, inequivocamente, uma diferença entre o delito de descaminho e os demais delitos contra a ordem tributária.

Certo que tanto o agente que pratica o descaminho quanto o sonegador de tributos prejudicam o regular funcionamento da economia, atuando ambos em condição privilegiada sobre aqueles que cumprem regularmente suas obrigações fiscais. Não menos certo, porém, é que ao grande descaminhador – e é desse casos que se tratará na hipótese de se admitir a tese da atipicidade da conduta – reservou o legislador tratamento diverso, mais severo, desse modo acenando com a maior lesividade de sua conduta.⁷³

Em vista do excerto acima reproduzido, podemos afirmar que não é dado ao

⁷³ TRF4, RCrSE 2003.70.02.005859-0/PR, rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, DJU de 20 /04/2005.

intérprete do Direito um tabelamento dos valores com que deve trabalhar pois não se cuida de uma ciência exata. Destarte, temos que nem todo furto de R\$ 2,00 (dois reais), *v. g.*, será um insignificante segundo as circunstâncias fáticas. Pense-se nas seguintes situações: (a) Mévio dirige-se a um bar e, avistando uma cédula representativa da quantia referida sobre uma mesa, a subtrai para si visto que não havia ninguém ocupando o lugar e que pudesse reclamar a propriedade do valor; (b) noutra hipótese, Cássio adentra, à noite e com o emprego de chave falsa, em uma grande loja de departamentos, auferindo subtrair para si do cofre desta apenas R\$ 2,00 (dois reais) porque, nesse dia, todos os demais valores foram depositados em instituição bancária.

Na primeira situação, a ofensa ao bem jurídico patrimônio foi ínfima dado o desvalor da conduta e do resultado, enquanto na segunda, absolutamente não.

Por certo que a atividade hermenêutica a ser levada a efeito pelo jurista não será das mais fáceis quando da aplicação do princípio da insignificância, devendo efetivamente identificar o bem jurídico tutelado pela norma, na espécie, e após proceder à valoração do fato em vista de regras e parâmetros insculpidos no ordenamento jurídico, tendo em vista, ainda, a realidade social em que inserido o fato sob análise.

3.3 Princípio da Insignificância e Princípio da Irrelevância Penal do Fato

Percebe-se que os Tribunais pátrios, em algumas ocasiões, passaram a afirmar ou negar, em suma, a analisar a insignificância do fato com base em argumentação referida à (des)necessidade preventiva de pena, o que, conforme será exposto adiante, está equivocado.

Nessa seara, Luiz Flávio Gomes vem distinguindo o princípio da

insignificância daquele que vem chamando de “princípio da irrelevância penal do fato” ou delinqüência bagatelar imprópria. Segundo o citado autor:

A diferença fundamental entre os dois princípios mencionados é a seguinte: uma linha jurisprudencial (a mais tradicional) reconhece o princípio da insignificância levando em conta (unicamente) o desvalor do resultado, é dizer, é suficiente (para a atipicidade) que o nível de lesão (ao bem jurídico) ou do perigo concreto verificado seja ínfimo. Cuidando, ao contrário, de ataque intolerável, o fato é típico (e punível).

Uma outra linha jurisprudencial (cada vez mais evidente), para o reconhecimento da infração bagatelar, não se contenta só com o desvalor do resultado e acentua a imprescindibilidade de outras exigências: o fato é penalmente irrelevante quando insignificantes (cumulativamente) são não só o desvalor do resultado, senão também o desvalor da ação, bem como o desvalor da culpabilidade do agente (isto é: quando todas as circunstâncias judiciais – culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, conseqüências, circunstâncias etc. – são favoráveis).⁷⁴

Partindo-se do conceito analítico de delito proposto por Roxin como injusto responsável,⁷⁵ sendo a responsabilidade a capacidade de motivação pela norma (imputabilidade/culpabilidade) aliada à necessidade preventiva de pena, o princípio em questão, que os tribunais pátrios vêm confundindo atecnicamente com o princípio da insignificância, ousa-se chamá-lo de princípio da desnecessidade preventiva de pena, cujo escopo seria conformar o juízo a ser formulado em sede de responsabilidade, categoria do delito a ser verificada após afirmar-se o injusto. Assim pode-se evitar a ocorrência de equívocos vislumbrados na produção jurisprudencial, quando, referindo-se ao princípio da insignificância, o juízo formulado não atine à tipicidade material mas à responsabilidade.

É dizer, só se passa à análise da necessidade preventiva de pena após ter-se verificado a tipicidade do fato e, ulteriormente, a ocorrência de um injusto. Em suma, a

⁷⁴ GOMES, op. cit., 2001, p. 440.

⁷⁵ Assim a lição do citado autor: “Dito positivamente: para a imputação subjetiva da ação injusta devem concorrer a culpabilidade do autor e a necessidade preventiva de pena. *Por isso proponho chamar a categoria do delito que sucede ao injusto não de ‘culpabilidade’, mas ‘responsabilidade’.* Afinal, na teoria da imputação subjetiva devem ser integradas, ao lado da culpabilidade, aspectos preventivos, de maneira que a culpabilidade representa somente um aspecto – de qualquer maneira essencial – daquilo que denomino ‘responsabilidade’.” (ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. Tradução de Luís Greco. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 46, janeiro-fevereiro de 2004. p. 65, grifo nosso)

aferição da insignificância do fato é precedente lógico para se acatar as referidas considerações sobre a necessidade preventiva da pena.

Ora, esse “novo” princípio não é senão consequência dos estudos encetados por Claus Roxin acerca da legitimação do Direito Penal a partir das teorias dos fins das penas (funcionalismo teleológico).

Ou o fato é materialmente típico e se passa à análise das demais categorias delitivas, inclusive da necessidade preventiva de pena, ou carece de tipicidade material e não pode ser tido propriamente como fato delituoso, tornando-se despiciendo a formulação de juízos em vista das demais categorias do delito.

Não cabe imputação subjetiva no juízo de tipicidade material tal qual vem sendo formulado.

Segundo Celso de Mello, “A distinção feita longe está de ser acadêmica e nem se procedeu a ela por amor a algum preciosismo cerebrino. Pelo contrário, apresenta-se sobremaneira fértil em repercussões práticas.”⁷⁶

Considerações de ordem subjetiva no âmbito da tipicidade material podem levar a erros crassos, como o que se pode vislumbrar no caso já acima citado em que o réu foi condenado pela subtração de quatro dúzias de poncãs porque, segundo os doutos julgadores, “no plano da culpabilidade, o apelante, pilhado ao cometer a subtração, nem se intimidou com a presença do sujeito passivo e logo tratou de pôr-se ao largo com o produto da surtida”.⁷⁷

Ora, deixou-se de se aferir a tipicidade material do fato em face do bem

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 11. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 34

⁷⁷ TACrim/SP, Ap. 819.419/1, relator Juiz Haroldo Luz. In: *RT*, v. 714/abril 1995, p. 382

jurídico tutelado (patrimônio) e das circunstâncias fáticas (frutos pendentes que ou estavam à disposição dos pássaros ou eram destinados à alimentação bovina) para se formular um juízo de necessidade preventiva especial negativa de pena condenando-se o réu por um fato materialmente atípico que não afrontava efetivamente o bem tutelado. Daí os perigos da imprecisão técnica. Se o fato era atípico, não há que se afirmar a responsabilidade (ou culpabilidade).

Em sendo a ação um elemento típico, ou categoria singularmente ligada ao tipo de modo a sempre se falar em “ação típica”, a valoração a respeito da lesão causada deve ter em conta as circunstâncias em que se a praticou, de forma a se ter um visão completa do reflexo do dito ato frente ao bem jurídico. Isso não quer dizer que se deve avaliar, em sede de ação típica, a personalidade do autor, mas unicamente as circunstâncias do fato.

Por fim, pode-se afirmar que, para a aferição da insignificância penal do fato, o juízo há que recair somente sobre o desvalor da conduta e do resultado (normativo) porquanto a responsabilidade do agente, em si, não diz respeito com a lesividade da conduta em face do bem jurídico.⁷⁸

⁷⁸ A propósito, deixou consignado o ilustre ministro do STJ José Arnaldo da Fonseca quanto aos aspectos a serem relevados quando da aferição do aspecto material do crime: Pois bem, sob o enfoque do conceito material, considerado por alguns como de caráter pré-legislativo, o crime supõe, sempre, uma ofensa a bem jurídico, seja na forma de dano, seja na de perigo. Mas, o seu conteúdo não se esgota neste requisito (desvalor de resultado). É imprescindível, na razão de ser da incriminação básica e das variações - tipo básico e derivado a consideração da forma intolerável, indesejável, de conduta (desvalor de ação). Há, sem dúvida, acentuada polêmica sobre se o ilícito penal requer um desvalor de ação e um desvalor de resultado ou se ele se esgota, neste ponto, no desvalor da ação (comparativamente. H. Welzel in ‘Derecho Penal Aleman’, Ed. Jurid. Chile, 1987, pp. 11/35, E. Bacigalupo in Manual de Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 76; G. Stratenwerth in ‘Acción y resultado en Derecho Penal’, Hammurabi, 1991; D. Zielinski in ‘Disvalor de accion y disvalor de resultado en el concepto de ilícito’, Hammurabi, 1990, H.H. Jescheck in ‘Tratado de Derecho Penal, Ed. Cemas 4ª ed. 1993, pgs. 43/45; Marcelo A. Sancinetti in -Teoria del Delito y disvalor de accion’, Hammurabi, 1991). De qualquer maneira, o desvalor de ação é, no campo criminal, um dado fundamental. Por exemplo, em se tratando do bem jurídico patrimônio, a lesão ou ofensa, por si, isoladamente, nada diz, nada revela em sede de ilicitude penal. Para tanto, basta ser lembrado que o não cumprimento de um contrato pode acarretar uma ofensa patrimonial equivalente a de um grande número de furtos, sem, no entanto, configurar, de per si, uma conduta típica. A diferença reside, portanto, no desvalor de ação, sendo a conduta intolerável para uma salutar, proveitosa, vida coletiva ou para um bom convívio social, o cerne do ilícito penal. É natural que,

CONCLUSÃO

Como visto, há que se ter uma atitude valorativo-crítica frente às normas penais, com a busca, não de verdades parciais, mas da verdade como totalidade, assim como a vinculação do Direito Penal aos ideais jurídico-penais assumidos de forma geral na atualidade, notadamente de cunho garantitístico, evitando, assim, incorrer-se num formalismo e alijamento da realidade excessivos e, desde logo, rechaçáveis.

O Direito Penal constitui instrumento social comunicativo, sendo que a certeza da pena inibe a prática de atos atentatórios a bens jurídicos, de regra, prejudicando este aspecto a simbolização desse ramo do Direito. O Direito Penal só deve intervir somente quando for o último canal à disposição para assegurar a estabilidade do sistema social pena de se perder sua efetividade.

De tudo que se aqui falou estava-se a tratar da legitimidade do Direito Penal.

Ojalá los tiempos hayan cambiado y los penalistas de ahora estemos más preparados, si no para evitar, sí, por lo menos, para identificar los verdaderos peligros que se acechan a una configuración pacífica y democrática de la convivencia social, con la manipulación ilimitada del arma más terrible de que dispone el Ordenamiento jurídico estatal: el Derecho penal.⁷⁹

A finalidade precípua do moderno Direito Penal reside, por sem dúvida, na proteção de bens jurídicos cunhados como essenciais não apenas ao indivíduo, mas também à

com relação a certos bens jurídicos de extrema relevância, o desvalor de resultado adquire uma importância fulcral. Neste particular, M. Conde e G. Aran in *Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 1996, pgs. 44/45, exemplificam com a proteção contínua, quase não fragmentária, do bem jurídico vida. Mas, não só pela inaplicabilidade da responsabilidade objetiva, o desvalor de conduta, também, opera, aí, e muito, na graduação dos injustos. (STJ, REsp. 202.598/SP, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca)

⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Política criminal e dogmática jurídico-penal en la República de Weimar. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 15-16, 2. v. Alicante-España: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1994. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/index.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2010. p. 26

coletividade.

O Legislador, ao olvidar-se dos princípios informadores do Direito Penal, especificamente os da fragmentariedade, subsidiariedade e da estrita proteção de bens jurídicos, faz com que o aplicador do direito exerça uma ginástica hermenêutica para a justa atuação do Direito, afastando determinados fatos da incidência penal ante a desnecessidade preventiva de pena em uns e noutros ante a ausência de danosidade social da conduta.

Partindo-se do pressuposto de que o bem jurídico é um axioma social, os parâmetros para aferição da insignificância da lesão a ele produzida devem ser extraídos (configurados) também tendo em vista o social como um todo e não especificamente e somente o titular imediato do bem lesado, não se confundindo, outrossim, o objeto de tutela (bem jurídico) com o objeto material da ação.

Resta patente, do trabalho laborado, que constitui condição para uma tomada de posição garantística frente ao Direito Penal a correta compreensão dos fins deste e, por suposto, do que são os aclamados bens jurídicos.

Os princípios de Direito Penal, podem ser vistos como aparadores de arestas que, tornando a superfície do Direito Penal menos ríspida, diminuem a possibilidade de dano social pela ação do Estado, guardião da normalidade comunitária.

Para a utilização criteriosa do princípio da insignificância há que se ter em conta a realidade sócio-econômica do País, devendo-se, portanto, fazer a tropicalização das doutrinas e teorias estrangeiras de acordo com o perfil da sociedade brasileira.

Assim, em sendo a norma um instrumento destinado à coesão social, certo

que deve ser a intervenção penal pautada por esse fim e, nesse sentido, a intervenção penal rechaçada pela insignificância da lesão deve ser contraposta aos valores sociais contemporâneos à ação.

A natureza jurídica do princípio da insignificância é a de excludente da tipicidade material, não obstante, destarte, a intervenção de outros ramos do Direito no fato penalmente insignificante.

Por outro lado, o princípio da insignificância não se confunde com o até então chamado princípio da irrelevância penal do fato, já que aquele se resigna a aferir a insignificância da lesão ao bem jurídico com base no desvalor da ação e do resultado enquanto este se baseia em juízos de necessidade preventiva de pena para afastar a punibilidade.

Contra a crítica que se faz ao direito voltado a valores, que necessariamente deverão ser abordados na aferição da insignificância penal do fato, a ciência do Direito desenvolve por si métodos que permitem complementar valorações previamente dadas, vertê-las no caso singular e orientar a valoração que de cada vez é exigida, pelo menos em determinados limites, a tais valorações previamente achadas. Nesta medida são as valorações suscetíveis de confirmação e passíveis de uma crítica racional. Há, no entanto, que afastar a ideia de que os resultados obtidos por essa via poderiam alcançar o mesmo grau de segurança e precisão de uma dedução matemática ou de uma medição empreendida de modo rigorosamente exato.

Pode-se concluir, pois, que a aplicação do princípio da insignificância em face de um fato verificado dependerá essencialmente das circunstâncias em que se verificou e da capacidade de exercício de juízo valorativo por parte do aplicador do direito porquanto não

se deve levar em conta apenas o desvalor do resultado mas também o desvalor da ação, tudo em vista dos fins de proteção insertos na norma penal.

REFERÊNCIAS

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Prevención y garantías: conflicto y síntesis. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 25, Alicante-España: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2002. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/index.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2010. p. 139-175.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães, São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- BITENCOURT, César Roberto. **Manual de direito penal – Parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO, Érica Mendes de. O bem jurídico protegido nos delitos florestais. In: **Revista dos Tribunais**, v. 776, jun. 2000. p. 469-481.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de Política Criminal. In: **Revista dos Tribunais**, v. 776, jun. 2000. p. 409/439.
- GOMES, Luiz Flávio. Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. In: **Revista dos Tribunais**, v. 789, jul. 2001. p. 439-456.
- _____. **Princípio da ofensividade no direito penal**, São Paulo: RT, 2002.
- _____. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Disponível em: <http://www.proomnis.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798&query=inimigo>. Acesso em: 15 mar. 2010.
- GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 49, julho-agosto de 2004. p. 89-147.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Interrogatório como Meio de Defesa (Lei 10.792/2003). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 53, março-abril de 2005. p. 185-200.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego e revisão de Ana de Freitas. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A Crise no Direito Penal. **Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. n. 3, jan./dez. 2001. p. 99-124.

MARQUES, Ana Carolina Marinho. **Princípio da Insignificância**. São Paulo: Praetorium, 2005. Disponível em: <http://www.weblife.locaweb.com.br/clients/praetorium/especial_76.htm>. Acesso em: 15 mar. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1998.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 11. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. Política criminal e dogmática jurídico-penal en la República de Weimar. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 15-16, 2. v. Alicante-España: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1994. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/index.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2010. p. 1025-1050.

PIVA, Paulo César. Princípio da Insignificância: excludente de ilicitude e tipicidade penal. In: **Revista dos Tribunais**, v. 778, ago. 2000. p. 499-502.

RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. **Princípio da insignificância no Direito Penal: análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Princípios Penais Constitucionais: o sistema das constantes constitucionais. In: **Revista dos Tribunais**, v. 779, set. 2000. p. 417-451.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Presentación. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). **Dogmática penal, política criminal e criminología en evolución**. La Laguna – Tenerife – Canarias – España: Editorial Comares, 1996. p. 9-15.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. Tradução de Luís Greco. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 46, janeiro-fevereiro de 2004. p. 46-72.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Tradução de Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminal**. Bimestral, n. 53, março-abril de 2005. p. 9-37.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). **Dogmática penal, política criminal e criminología en evolución**. La Laguna – Tenerife – Canarias – España: Editorial Comares, 1996p. 309-323.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales e legislativas. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). **Dogmática penal, política criminal e criminología en evolución**. La Laguna – Tenerife – Canarias – España: Editorial Comares, 1996. p. 369-385.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán. Parte general**. 11. ed. Trad. del alemán por el Prof. Juan Bustos Ramírez y Prof. Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.