

INSIGNIFICÂNCIA: A NECESSÁRIA OFENSA A BENS JURÍDICOS COMO CONTEÚDO DO CRIME E A VISÃO DISTORCIDA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

INSIGNIFICANCE: THE NECESSARY OFFENSE TO LEGAL ASSETS SUCH AS CRIME CONTENT AND THE DISTORTED VIEW OF THE FEDERAL SUPREME COURT

*José Francisco Siqueira Neto*³²
Mackenzie – SP

*Daniel Francisco Nagao Menezes*³³
Mackenzie – SP

Resumo

O presente artigo aborda a compreensão atual da insignificância na ordem jurídica brasileira. Para tanto, a matéria será revisada desde a teoria do bem jurídico a partir de Fuerbach e Birnbaum, analisando a ofensividade e o conteúdo material do delito. Após o intróito estudaremos a insignificância, tal como pensada por Claus Roxin. Por fim, apresentaremos a interpretação principiológica da insignificância pela doutrina brasileira e as consequências deste tratamento afetando a jurisprudência pátria. Para isso, será demonstrado de forma qualitativa interpretações decisórias do STF que objetivam afastar os critérios de lesividade por parâmetros subjetivos ou morais e abstratos, arrematando de forma crítica a abordagem sobre o tema.

³² Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (1982), Mestrado (PUC/SP) e Doutorado em Direito (USP). Advogado (Siqueira Neto Advogados Associados), Professor Titular do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico (1999-), Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo (2013-2016).

³³ Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil ambos pela PUC-Campinas, Especialização em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do CIRIEC-Brasil.

Palavras-chave

Insignificância. Ofensividade. Bem jurídico. Suprema corte.

Abstract

This article addresses the current understanding of insignificance principle in the Brazilian legal order. To this end, the subject will be reviewed from the theory of juridical good from Fuerbach and Birnbaum, analyzing the offense and the material content of the crime. After the intro we will study insignificance principle as thought by Claus Roxin. Finally, we will present the principled interpretation of insignificance by Brazilian doctrine and the consequences of this treatment affecting the case law of the country. For this, it will be qualitatively demonstrated decisive interpretations of the Supreme Court that aim to remove the criteria of injury by subjective or moral and abstract parameters, critically ending the approach on the subject.

Keywords

Insignificance. Offense. Juridical good. Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

O seguinte artigo pretende estudar a insignificância no sistema jurídico brasileiro e suas implicações práticas nos Tribunais Superiores. Para isso, far-se-á uma análise de estudos sobre o assunto de autores nacionais e estrangeiros com o escopo de fundamentar os argumentos trazidos ao final.

Vive-se tempos de encarceramento em massa onde os discursos de emergência penal ditam as políticas criminais espalhadas por meio de uma velocidade assustadora e com a presença de discursos de medo e de insegurança. Nisso, a legislação dogmática e sua interpretação não ficam alheias a essas mudanças, sendo tratadas com a impossível empreitada de servir para proteger os indivíduos das ameaças modernas e de garantir suas expectativas normativas.

Contudo, é importante compreender e reconhecer o pouco que o direito pode fazer frente a essa realidade e dentro disso o próprio sistema penal tem uma limitação na tentativa de modificar esse cenário. Porém, deve-se ter em mente que o papel do sistema penal tem que perpassar pelo exercício de contenção do poder punitivo, servindo assim como um filtro do *jus puniendi* do Estado.

É nesse cenário que a insignificância se apresenta como um dos mais importantes mecanismos de contenção do sistema punitivo, concretizando os princípios da ofensividade e da proporcionalidade dentro da dogmática penal. Com isso, objetiva-se nesse estudo investigar o conceito da insignificância e sua aplicação concreta no direito brasileiro.

O primeiro tópico fará uma breve genealogia da teoria do crime como ofensa a um bem jurídico, passando desde o direito penal primitivo até o conceito contemporâneo; o segundo tópico tratará dos conceitos de crime, tais quais o conceito jurídico, material e como proteção ao bem jurídico; já o terceiro entrará no conceito de insignificância e trará uma crítica à doutrina majoritariamente utilizada nas faculdade de direito e no judiciário brasileiro sobre o assunto, e por fim como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça utiliza e aplica este instituto.

2 O CRIME COMO OFENSA A UM BEM JURÍDICO

A análise do bem jurídico não é o fim precípua de investigação do presente trabalho, contudo, é inconcebível alcançarmos a verificação de condutas insignificantes sem que se compreenda o delito como ofensa a um bem jurídico. Para tanto, um breve estudo da teoria do bem jurídico e da noção de ofensividade no direito penal far-se-á indispensável.

2.1 BEM JURÍDICO: UMA PEQUENA DOSE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

O direito penal primitivo, em seus primórdios canônico e romano, preocupou-se por muito em proteção de ocorrências outras – imposição de condutas morais, formas de vida a serem seguidas – que não podem ser submetidas a uma consideração tal como um bem jurídico.

Como explica Bernd Schünemann, “Em todas as sociedades totalitárias, o que se tentava era impor coativamente

determinadas formas de vida³⁴. Deste modo, crime e pecado confundiam-se em tratamentos unos, meras imoralidades sem reais causalidades danosas a serem consideradas infrações e sancionadas criminalmente.

Foi por muito³⁵ inexistente a ideia de bens jurídicos tutelados, por isso atribuímos, tal como D'ávila³⁶, a distinção entre crime e pecado, ou mesmo condutas imorais, como recorte para uma nova era do direito penal, agora moderno.

Atribui-se esta virada ao Iluminismo (*Big Bang* intelectual) e a aderência do homem ao estado legitimante por meio do contrato social, dando por conta uma limitação ao poder punitivo estatal à prevenção primeira aos chamados *danos sociais*, a partir de Cesare Beccaria e Karl Ferdinand Hommel, vedando a utilização do Direito Penal para imposição de comportamentos ou formas de vida³⁷.

Desde então, a partir da separação entre Igreja e Estado, crime e pecado passaram a ocupar cadeiras distintas, e somente o primeiro merecia assento no Direito Penal. O delito ganhava sua autonomia a partir de um direito penal secularizado, em que a punição deveria ser atribuída apenas aos fatos danosos à sociedade, a partir de uma concepção ainda prematura em alcançar o viés de bem jurídico, mas que a partir da premissa de direitos

³⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 71.

³⁵ Tal reconhecimento trará consequências que serão exploradas no decorrer do presente trabalho, quando abordaremos o reconhecimento do princípio da bagatela desde o Direito Romano, sua reintrodução e o estudo de danos insignificantes por Claus Roxin e o necessário abandono da categoria principiológica às condutas que não apresentem ofensas a bens jurídicos.

³⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009, p. 59.

³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luis Greco São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 71.

subjetivos³⁸, encontrava nas lições de Beccaria³⁹ a legitimidade de se criminalizar tão somente condutas que causassem prejuízo a comunidade.

Em um avanço dogmático, aproximando-se mais e mais do bem jurídico, Anselm von Fuerbach idealizou por meio da ideia de *lesão a direito* a primeira tentativa de conceituação material do crime, mas segundo explica Tavares nesta época ainda inserida como fundamento do direito de punir.⁴⁰

A partir de Fuerbach compreendeu-se a necessidade de reconhecer para além da violação de um direito subjetivo individual, mas também violações de direitos subjetivos do Estado como fatos criminosos, compreendendo que tais violações não atingem o direito subjetivo em questão – esse se mantém intacto ao homem – mas, apenas seu objeto, sobre o qual recai a conduta e do qual se deve extrair o desvalor da ofensa⁴¹.

Posteriormente, Birnbaum alcançou o termo *bem* ou *bem jurídico* para limitação do direito penal implementando a ideia de lesão a bem jurídico. O autor, evoluindo da concepção de crime como violação de direitos subjetivos, propôs a verificação de sua

³⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009, p. 60. Segundo Saavedra e Vasconcellos (Ofensividade em Direito Penal: revisitando o conceito de bem jurídico a partir da Teoria do Reconhecimento. **Revista Direito & Justiça**, v. 38, n. 1, p. 14-21, jan./jun. 2012, p. 16) essa concepção de crime como violação a direito subjetivo apresenta duas aporias fundamentais: a questão referente a direitos coletivos ou sociais e a diferenciação entre lesão ao direito ou ao seu objeto. A primeira se fundamenta na impossibilidade de identificação de um titular determinado do direito. Já a segunda, baseia-se na diferença entre o objeto e a lesão do direito subjetivo (em um furto, por exemplo, ocorre a supressão do objeto e não lesão ou supressão do direito subjetivo).

³⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, trad. de José de Faria Costa. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1998

⁴⁰ TAVARES, Juares. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 72.

⁴¹ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009, p. 64.

substância na ofensa a valores reconhecidamente nobres pela sociedade, ou seja, bens protegidos pela norma⁴² – um bem jurídico por excelência.

Nesta concepção, a obra de Birnbaum é um divisor de águas por permitir desde então a compreensão do conceito material de crime, que evoluiria mais a frente com Claus Roxin, mas desde já fora verificada a partir de uma formulação que a concepção

põe em destaque a incipiente noção de bem jurídico como objeto de proteção da norma penal incriminadora. Mas não só. Também a emergente noção de ofensividade em suas duas formas fundamentais, dano e perigo, encontram-se já delineadas na proposta de Birnbaum.⁴³

Juntamente a Birnbaum, alguns ainda atribuem de suma importância que também reconheçamos a Karl Binding⁴⁴, que apontava o delito como lesão a um direito subjetivo em total correção entre a norma e o bem jurídico, e a Franz von Liszt⁴⁵, que pensava no Direito Penal para tutela dos interesses humanos e o bem jurídico como bem pertencente ao homem e assim reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico.

Muitos acreditam que até hoje não se logrou êxito na conceituação do bem jurídico. No entanto, a nosso sentir, a definição do bem jurídico pode ser extraída a partir dos direitos

⁴² BIRNBAUM, J. **Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens**, Archivdes Criminalrechts, 1834, p. 172-175.

⁴³ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009, p. 65.

⁴⁴Tal como descreve: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43, e no mesmo sentido SHÜNEMANN, Bernd. Trad. Luis Greco. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 72.

⁴⁵LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. v. 1. Campinas: Russell, 2003, p. 139.

subjetivos postos e em ascensão, abrangendo não apenas direitos individuais, mas também direitos de toda comunidade⁴⁶.

Ocupa assim o bem jurídico espaço como legitimante do direito penal, sobretudo em face da norma penal incriminadora, ao ponto de Bernd Schünemann reconhecer uma *teoria da legitimação do direito penal* a partir da qual os limites impostos ao legislador na formulação do direito penal estariam fundados nas condições fundamentais suprapositivas de qualquer poder estatal legítimo e constituiu, portanto, a premissa tácita de qualquer estado de direito democrático-liberal, pouco importando se tal estado a consagrou na constituição de modo expresso ou não⁴⁷.

Partilhamos ainda dos ensinamentos de Claus Roxin que de forma semelhante acredita que a lei fundamental dos Estados aponta ao legislador os bens jurídicos a serem tutelados:

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los *bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.*(...) De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo

⁴⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009, p. 65.

⁴⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luis Greco São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 72

a la Constitución, se pueden derivar una serie de tesis concretas.⁴⁸

Portanto, interpreta-se como bem jurídico nada mais do que os direitos subjetivos caros, de natureza individual ou coletiva, incluindo-se não somente aqueles direitos fundamentais lembrados pelo legislador constitucional, mas também aqueles extraídos de um ideal de proteção de bens dotados de dignidade penal e indispensáveis ao indivíduo e a sociedade.

Contudo, nesse ponto da teoria parece que Roxin acabou incorrendo em uma aporia, “dado a legitimação de um bem jurídico não se dá somente no formalismo da previsão legal legislada, mas, sim, em uma real relevância social”.⁴⁹

Notadamente, não poderia residir o bem jurídico dentro de eternos muros fechados de direitos positivos, eis que sua própria natureza protetiva e legitimante do direito penal o impõe a uma adaptação cuidadosa, mas necessária a proteção dos direitos subjetivos.

A partir de tal premissa, o próprio Roxin explica a ocorrência de uma mutabilidade no conceito de bem jurídico: “La concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y los progresos del conocimiento científico”⁵⁰.

Evidentemente esta necessária mutabilidade não pode extrapolar *mandados constitucionais de criminalização*, eis que do ponto de vista material, há restrições implícitas à tipificação de

⁴⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte Geral. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 55-56, *grifamos*.

⁴⁹ SAAVERA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Ofensividade em Direito Penal: revisitando o conceito de bem jurídico a partir da Teoria do Reconhecimento. **Revista Direito & Justiça**, v. 38, n. 1, p. 14-21, jan./jun. 2012, p. 17.

⁵⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte Geral. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 57-58

determinadas condutas, sob pena de violação dos próprios direitos fundamentais. O Direito Penal encontra sua legitimidade na Constituição, mas também os limites a sua aplicação como instrumento essencial a proteção de bens jurídicos, ao mesmo tempo em que o Estado não pode se omitir ou agir de modo insuficiente, também não poderá exceder no campo penal⁵¹.

Por isso, com o exposto, entendemos que a melhor conceituação de bem jurídico se aproxima da feita por Figueiredo Dias, que define bem jurídico como a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bemem si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁵².

Por tais razões, impossível apreciar a insignificância ou bagatela senão a partir de uma *teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, mormente, como explica Fábio D’ávila analisando a ofensividade como limite material da incriminação, partindo de um conceito de bem jurídico penal que propicie tal construção teórica⁵³.

⁵¹ RAMOS. André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 719-720. Em sentido similar, Luís Greco entende que o bem jurídico é uma realidade, que não pode ser fruto da fantasia do legislador (ou do intérprete), sendo assim, “*dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional*” (GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89).

⁵² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal; Coimbra Editora, 2007, p. 114.

⁵³ D’AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009, p. 66-67.

2.2 OFENSIVIDADE: A TEORIA DO CRIME COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO

A necessária compreensão do crime como dano ou perigo de dano ao bem jurídico por vezes encontra tormentosa aceitação diante de um autoritarismo penal, sobretudo no direito penal contemporâneo contemplado em um ambiente hostil que por si só exigiria a delimitação da legitimidade do direito penal incriminador. Nas palavras de Fábio D'ávila:

A ampliação do direito penal secundário, com o surgimento de novos espaços, cada vez mais complexos, de intervenção jurídico-penal, tem levado a um progressivo distanciamento do ilícito penal em relação aos vínculos objetivos que implicam o reconhecimento da ofensividade como elemento de garantia. Mas não só. Tem conduzido a um esfumaçamento dos valores tutelados, a uma perda de densidade tal que o bem jurídico passa a movimentar-se em um espaço de total indiferença em relação a meros interesses de política-criminal, incapaz de atender a uma qualquer pretensão de concretização. O bem jurídico perde seu caráter crítico e a ofensividade, o lugar primeiro na constituição do ilícito.⁵⁴

Recusando-se a adesão a maioria e aderindo as lições supracitadas, reconhecemos a força vinculante e a necessária delimitação de crime como ofensa a um bem jurídico tutelado.

O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos tem sua vertente principiológica fixada no denominado Princípio da Ofensividade que, antes de qualquer coisa, trata-se de uma projeção principal de base político-ideológica que impõe uma forma de agir ao Direito Penal e ao fenômeno do crime, adequada

⁵⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009, p. p. 57.

e intrínseca àquilo que se espera no Estado Democrático e Social de Direito⁵⁵.

Neste momento, cabe um parênteses para retratar o Princípio da Lesividade (*nullum crimen sine iniuria*) que teria por finalidade a exclusão da criminalização primária e secundária de lesões irrelevantes a bens jurídicos protegidos na lei penal, as quais não constituiriam crimes⁵⁶.

Antes do surgimento de qualquer contradição entre a ofensividade e lesividade, ou mesmo da tentativa de adequação sinônima de ambos os conceitos, é imperioso afastar tais conclusões. Isso porque, enquanto a lesividade impõe padrões restritos ao reconhecimento do crime enquanto lesão (dano) a bem jurídico, a ofensividade, por sua vez, reconhece como crime a ofensa, ou seja, o dano ou mesmo o perigo causado ao bem jurídico⁵⁷.

Portanto, em nosso ordenamento jurídico em que são admitidos crimes de dano mas também crimes de perigo (abstrato e concreto), faz-se necessária uma evolução para além de padrões de lesividade, aderindo a nomenclatura *ofensividade*, adotando-se, assim, o conceito de crime como ofensa a bens jurídicos tutelados.

A ofensividade, mais do que sua ordem principiológica, possui exigência constitucional a luz das regras

⁵⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009, p. 68.

⁵⁶ DOS SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal Parte Geral**, 7ª Ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 27-28.

⁵⁷ Esta é uma escolha que fazemos a partir da interpretação semântica que entendemos ser mais correta, mesmo sabendo que muitos daqueles que ainda adotam o termo lesividade o compreendem num sentido de lesão ou perigo ao bem jurídico que se identifica com aquilo que consideramos como ofensividade, tal como explica Zaffaroni: "*Como decorrência do princípio da lesividade, não existe tipicidade sem ofensa a um bem jurídico, podendo tal ofensa consistir numa lesão (dano) ou num perigo.* (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro –II,I**, 2ª Ed., 2ª Reimpressão, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016, p. 223, grifamos).

constitucionais reconhecendo a preocupação fundamental de tutela de bens jurídicos na própria estrutura do Estado de Direito. Para D'Ávila há um “princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa, como o princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária”⁵⁸.

A questão, assim, aloca-se como um *balancing*⁵⁹ entre o princípio da ofensividade e o princípio de intervenção. De tal modo, a zona de tensão gerada pelo conflito entre os dois princípios é responsável exclusivamente pela construção dos limites da própria ofensividade, isto é, os interesses intervencionistas de prevenção geral positiva, ou outros interesses de política criminal, ponderados com a garantia da necessária ofensa à bem jurídico, alcançam-se as hipóteses de ofensividade admissíveis no âmbito possível de tutela jurídico-penal⁶⁰.

Portanto, entende-se que toda previsão de um tipo penal incriminador é o resultado dessa ponderação de valores no qual o direito à liberdade é restringido em benefício da manutenção de outros valores fundamentais relevantes socialmente. Assim, a

⁵⁸ D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009, p. 70, grifamos. O direito penal contemporâneo insurge como instrumento historicamente legítimo de persecução do fim de tutela de bens materialmente protegidos pelo Estado e, por decorrência, conduz-nos a reconhecer, na proteção de bens jurídicos, um princípio constitucional impositivo como princípio geral fundamental, densificador do princípio estruturante do Estado de direito e, por consequência, estruturante de todo o ordenamento jurídico-penal (D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios** (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 65).

⁵⁹ Utilizamos a clássica distinção entre princípios e regras utilizada por Alexy, em que a principal distinção entre essas normas é o fato de estas se utilizarem do critério “tudo ou nada” no caso de conflitos entre si, enquanto aqueles, em caso de conflito se utilizarem de mandamentos de otimização, ou seja, que algo seja realizado na medida do possível (ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**, Baden-Baden: Suhrkamp, 1994, p. 71).

⁶⁰ D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios** (contributo à compreensão do crime como ofensa aobem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 68.

proteção jurídico-constitucional do direito à liberdade impede a ampliação da tutela penal para além dos casos em que o seu exercício implique a ofensa a outros bens jurídicos em harmonia com a ordem constitucional⁶¹.

Além disso, mais do que mero princípio constitucional, a liberdade, como pertencente às normas de direitos fundamentais, deve ser tratada com o seu “caráter dúplice”, possuindo existência simultânea como regra e como princípio. Logo, em âmbito constitucional, existem duas normas a serem consideradas: o princípio da liberdade e a regra da liberdade. Com efeito, manifesto constatar que o direito fundamental à liberdade somente cederá espaço à intervenção penal, quando o seu exercício implicar a ofensa de outros bens jurídicos em consonância com a ordem constitucional⁶².

Em sentido similar, Luís Flávio Gomes entende que a ofensividade deve ser entendida como *critério limitador da intervenção penal* em suas dimensões subjetiva e objetiva: a primeira, no sentido de von Liszt e Schmidt, sendo o direito de castigar, isto é, direito de ameaçar com penas, e, no caso concreto, impor e executá-las; na segunda, por sua vez, constituindo o conjunto de regras e princípios que definem o delito e suas consequências⁶³.

Trata-se de evidenciar a dupla função da ofensividade no Direito Penal: a) função político-criminal; e b) função interpretativa. A primeira trata do limite ao direito de punir do Estado, que já nos referimos acima. A segunda configura um limite ao intérprete ou aplicador da lei penal.

No que tange à segunda função, é necessário deixar claro que a ofensividade não pode ser entendida como

⁶¹ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009, p. 71.

⁶² D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios** (contributo à compreensão do crime como ofensa a bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 70.

⁶³ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 23-24.

determinação meramente hermenêutica⁶⁴, mas necessariamente como cânone legislativo, de forma a condicionar a lógica do ordenamento jurídico-penal. Nesse sentido, considerando a ofensividade como diretriz primeiramente ao legislador, uma produção legislativa harmônica que deveria levar à análise judicial somente tipos penais construídos dentro da necessária ofensa à bem jurídico, de forma a permitir ao intérprete uma adequação típica muito mais próxima de um ideal de objetividade⁶⁵.

Disso se compreende a importância do princípio da ofensividade, podendo-se extrair dele um valor de critério polivalente de minimização de proibições penais, viabilizando uma diminuição de criminalizações em que não haja real ofensa à bem jurídico, o que acaba servindo como uma barreira à intervenção penal e fundamento da insignificância.

3 O CONTEÚDO MATERIAL DO CONCEITO DE CRIME

O conceito e o conteúdo material do crime somente podem ser estudados a partir do reconhecimento do bem jurídico e da ofensividade, mormente a partir do prisma da teoria do crime como ofensa a bens jurídicos, eis que o reconhecimento destas premissas permitirá o balizamento de um conteúdo material ao delito, alcançando-se por derradeiro o conceito material do crime.

3.1 CONCEITOS JURÍDICOS DE CRIME

⁶⁴ Não se pode considerar, de igual modo, a ofensividade através de interesses políticos.

⁶⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios** (contributo à compreensão do crime como ofensa a bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 85. No mesmo sentido, Montovani: o interesse ofendido não deve ser entendido como um interesse externo à norma, a ser obtido pelo julgador através de valores ideológicos, mas sim, de um valor que está incorporado à norma e é, por si só, elemento do crime (MONTOVANI, Ferrando. *Il principio di offensività nello Schemadi Delega Legislativa per un Nuovo Codice Penale*. **RIDirPP**, n. 2, 1997, p. 313 e ss.).

A definição do que é crime⁶⁶ é tarefa relevante, senão de maior importância para dogmática do Direito Penal. São diversas as categorias que tentam apresentar um conceito jurídico⁶⁷ de crime. Dentre elas reconhecemos como principais: o conceito analítico, o conceito legal, o conceito formal, e por fim o conceito material sendo este nosso principal objeto de estudo.

O *conceito analítico do crime* preocupa-se com a decomposição do crime em partes as quais somadas formam a estrutura completa do delito. Este conceito de crime a partir de uma estrutura categórica também pode ser intitulado de conceito dogmático que, tal como explica Figueiredo Dias é alcançado a partir de um procedimento metódico categorial-classificatório que tem por fim não “desagregar ou quebrar em pedaços diversos e autônomos o conceito de crime, mas alcançar uma sua *compreensão unitária* através da consideração sucessiva dos seus elementos constitutivos, através de sua compreensão lógico-sistemática.”⁶⁸.

É a partir deste conceito analítico que são propostos os sistemas de fato penal punível em que se tem os modelos bipartido (bipartite) e tripartido⁶⁹ (tripartite) de crime, valendo-se o

⁶⁶ Utilizamos das expressões crime e delito como sinônimas neste texto, visando evitar qualquer repetição extremada de expressões.

⁶⁷ Notadamente existem conceitos de crime trabalhados sob o viés sociológico, histórico, filosófico, antropológico, ético, criminológico entre outros.

⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal; Coimbra Editora, 2007, p. 237.

⁶⁹ Seguindo as lições de Juarez Cirino dos Santos acreditamos que o modelo de fato punível desenhado no texto legal de nosso ordenamento seja o de tipo injusto somado a culpabilidade, portanto tripartite, de modo que “o *tipo injusto* compreende os seguintes elementos: a) ação como realidade psicossocial somática do conceito de crime; b) a tipicidade como ação humana adequada ao tipo legal, nas dimensões de (1) tipo objetivo, constituído pela causação do resultado e pela imputação do resultado, e de (2) tipo subjetivo, formado pelas categorias do dolo (e outros elementos subjetivos especiais) e da imprudência; c) a antijuridicidade, afirmada nas proibições e excluídas as permissões, como categoria dogmática compreensiva das justificações, estudadas nos conceitos correspondentes de situação justificante e de ação justificada, também em

primeiro de uma compreensão do crime como ação típica e antijurídica, e o segundo tratando o crime como fato típico, antijurídico e culpável.

Por sua vez o *conceito legal do crime* tal como explica Luzón Peña seria a definição legal e expressa acerca daquilo que se compreende como crime em determinado ordenamento jurídico⁷⁰, valendo-se da presença de um tipo penal explicativo com a função de conceituar “o crime” numa concepção genérica.

Pode-se dizer que há um conceito legal de crime em nosso ordenamento previsto no Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.914) que de certa forma conceitua como “crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”.

A simplicidade conceitual e os valores em que se fundam o referido conceito legal de crime, mormente, o supracitado Art. 1º do Decreto-Lei n. 3.914, são suficientes para que se conclua o porquê de sua não adoção, afinal definir o que se considera como crime tão somente a partir da natureza da sanção

dimensões subjetiva e objetiva. A *culpabilidade*, como o juízo de reprovação pela realização do tipo injusto, compreende (1) a imputabilidade (excluída por menoridade e por doenças mentais), (2) a consciência da antijuridicidade (excluída ou reduzida em hipóteses de erro de proibição), e (3) a exigibilidade de comportamento diverso (excluída ou reduzida em situações de exculpação legais e supraleais). (DOS SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal Parte Geral**, 7ª Ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 78/79). Não obstante, sabemos que Figueiredo Dias conclui por não distinguir as categoria de tipicidade e ilicitude, acreditando serem elas uma só categoria: o tipo, que apenas se conceituam de tipos incriminadores e tipos justificadores, respectivamente. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal; Coimbra Editora, 2007, p. 270).

⁷⁰ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Curso de derecho penal**, Parte General. Madrid: Universitatis, 2006, p.241.

aplicada é nitidamente falível, além de residir isoladamente no campo da abstração.

Também se demonstra possível a definição do delito através de um *conceito formal do crime* que considera como tal aquela conduta descrita num tipo penal incriminador, composto por preceito primário e secundário.

Resumidamente, é crime a ação ou omissão descrita pelo legislador cuja prática se atribui uma sanção penal. Nas palavras de Figueiredo Dias “seria unicamente a circunstância de o legislador ter ameaçado a prática de determinado facto com uma pena criminal que ‘transforma’ aquele facto em comportamento criminal”⁷¹.

Um olhar prévio à definição atribuída por Roxin ao conceito formal de crime facilitará a posterior compreensão – *a contrario sensu* – daquilo que será nosso objeto principal de estudo, o conceito material do crime. Roxin explica que o conceito formal é aquele extraído nos limites do Direito Positivo, ou seja, um conceito codificado da conduta punível e que não se preocupa com os critérios materiais de tal conduta.

Este conceito formal de crime se justifica a partir da mera observância e prevalência do *princípio da legalidade* (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), eis que reconhece plena capacidade ao legislador – *ex ante* – em se anteceder descrevendo e considerando – em abstrato – tudo que possa representar ou não crime a partir de mera descrição legal, assim, propõe-se um conceito jurídico de crime com único caráter legal-formal⁷².

Notadamente, ainda que se justifique o conceito formal de crime, a partir da proteção de bens jurídicos fundamentais e que antecedem a própria tipificação realizada pelo legislador, tal conceito pouco ou nada se preocupa com a percepção da ofensa

⁷¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal; Coimbra Editora, 2007, p. 106.

⁷² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal; Coimbra Editora, 2007, p. 107.

em concreto ao bem jurídico tutelado. Tal como vimos nos itens anteriores, não basta proteger bens jurídicos, mas também se faz necessária a adoção do critério limitador da ofensividade, aferido a partir da ocorrência de dano ou perigo ao bem jurídico no caso em concreto, análise ignorada pelo conceito formal de crime.

É perceptível a proximidade entre os conceitos legal e formal de crime, eis que ambos são norteados tão somente pelo direito positivo e seu aspecto legal, o primeiro amparado numa definição legal, expressa e genérica do que se tem como crime em determinado ordenamento, enquanto o segundo se satisfaz com a compreensão do crime a partir da simples subsunção do tipo penal incriminador como previsto pelo legislador sem qualquer valoração do fato em concreto.

Por fim, acreditamos que os conceitos de crime, mormente os apresentados neste trabalho não importam numa escolha por exclusão, isso porque, não se propõe a adoção isolada de um ou outro conceito de crime, mas sim o reconhecimento de tais conceitos, num aspecto de complementação funcional.

É possível admitir-se todos os conceitos jurídicos de crime, reconhecendo que nenhum deles é basilar. O analítico é fundamental para estruturação dos sistemas de fato punível, associado ao conceito legal responsável por definir o crime e as demais infrações penais do ordenamento jurídico, sopesados ao conceito formal em necessário atendimento ao princípio da legalidade, e coligados ainda ao conceito material – que será estudado em seguida – de modo que um conceito por si só em isolado não se basta ao ordenamento, mas a compreensão de todos e o reconhecimento de uma interação mútua entre eles, cada qual com seu conteúdo, permitirá a melhor compreensão do crime em seu aspecto jurídico.

Por derradeiro, considerando sua importância central ao estudo da insignificância, trataremos do conceito material do crime isoladamente no tópico abaixo.

3.2 O CONCEITO MATERIAL DO CRIME

Por muito tempo confundiu-se o conceito material de crime com o simples conceito formal, ao passo que à pergunta sobre o que seja materialmente o crime pode antes de tudo responder-se (e essa foi a resposta dada durante todo o longo período em que na ciência do direito vigoraram as concepções próprias do positivismo legalista) que será tudo aquilo que o legislador considerar como tal.

Embora busque alcançar um número limitado de fatos, o tipo penal falha em sua capacidade de regular situações concretas, tendo em vista a infinidade de possibilidades de condutas humanas. Nessa abstração trazida pelo seu conceito, termina por alcançar também fatos que por sua irrelevância não deveriam estar dentro do âmbito de incidência do direito penal⁷³

No entanto, o conceito material de crime encontra-se em verdadeira contraposição aos demais conceitos supramencionados de crime (analítico, legal e formal). Na verdade muito mais do que se opor – até porque reconhecemos uma interação mútua entre eles –, o conceito material do crime representa uma evolução no espaço hermenêutico-jurídico para além da fixidez do que a norma diz⁷⁴.

Nesta acepção, o *conceito material de crime* se preocupa com o aspecto substancial da conduta criminosa, sua real implicação no caso em concreto, não sendo suficiente para verificação da ocorrência do crime a mera subsunção, pois a verificação daquilo que materialmente representa um crime em si, exige a presença de uma real *ofensa ao bem jurídico tutelado* provocado pela conduta incriminada pela lei penal. Para Jescheck, este sentido

⁷³ LOPES, Maurício Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal:** análise à luz da Lei 9.099/95 (juizados especiais criminais) e 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 117.

⁷⁴ GAUER, Ruth M. Chittó. **A fundação da norma,** para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 91.

substancial de crime objetiva compreender “de qué presupuestos materiales dependa el ‘si’ de la pena”⁷⁵.

Verifica-se assim, que o conceito material de crime é aquele que de fato se preocupa com o bem jurídico e a real ofensa imposta a este, inobstante sua tamanha importância para legitimidade do direito penal contemporâneo⁷⁶, o legislador não se preocupa em manifestar aquilo que se faz necessário para que se configure uma conduta que legitimasse o Estado a exercer seu poder punitivo, de modo que a conduta punível somente é objeto de definição do direito positivo que, por sua vez, satisfaz somente o conceito formal de delito⁷⁷. Nesse horizonte vazio, adverte Fábio D’ávila “o bem jurídico perde seu caráter crítico e a ofensividade, o lugar primeiro na constituição do ilícito”⁷⁸.

É imperiosa a adoção deste conceito material de crime que impõe uma restrição a punibilidade em duplo sentido, pois, primeiramente são excluídas do controle do Direito Penal as meras imoralidades que não ofendem bem jurídico algum, tal como explica Roxin: “penas y medidas sirven para la protección de los bienes jurídicos” y consecuentemente abogaba por la impunidad de acciones meramente inmorales, pero no lesivas para los derechos de nadie”⁷⁹. Junto a isso, são excluídas também proposições (ou imposições de fins) meramente ideológicos, e a violação de valores

⁷⁵JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte geral**. 4ª Ed. Granada: Comares, 1993, p. 43.

⁷⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009, p. 58.

⁷⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte Geral. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 51.

⁷⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009, p. 57.

⁷⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte Geral. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 52.

de mera ordenação⁸⁰ – estas exclusões se assemelham a mesma orientação que fez surgir a ideia de bem jurídico, distinguindo crime de pecado e outras imoralidades, tal como explicado anteriormente.

Tal como diz, Ferrajoli,

la necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo. Palabras como ‘lesión’, ‘daño’ y ‘bien jurídico’ son claramente valorativas⁸¹.

A busca por um conceito material de crime atinge aquilo que acreditamos ser necessário para o reconhecimento do delito, ou seja, a valoração de um conteúdo material do crime que somado ao aspecto formal em proteção a legalidade – mas que isoladamente torna-se mera subsunção do tipo penal – permitirá reconhecer a tipicidade em sua totalidade.

Notadamente nos referimos a tipicidade objetiva, que reconhecemos em sua totalidade como a soma do perfeito enquadramento da conduta ao tipo penal incriminador – tipicidade formal – sopesada a verificação de ofensividade ao bem jurídico tutelado pelo tipo – tipicidade material. Torna-se possível, portanto, afirmar que a verificação do conteúdo material do crime é sempre necessário para que se verifique, de fato, a ocorrência de um delito em sua tipicidade objetiva, tal como explica E. Zaffaroni:

A construção da tipicidade objetiva não se limita, assim, à função de estabelecer o *pragma* típico, mas também deve constatar sua *conflitividade*, como requisito indispensável. Sem conflitividade, como

⁸⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal; Coimbra Editora, 2007, p. 124-125

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 467.

característica do pragma típico, seria intolerável qualquer exercício de poder punitivo.

O tipo objetivo não se esgota na correspondência com qualquer pragma, mas tão somente com um pragma conflitivo; constatar tal conflitividade constitui passo indispensável para a verificação da tipicidade objetiva.⁸²

Alguns, tal como o supracitado Zaffaroni, tanto supervalorizam o conteúdo material do delito que vão além da exigência de um conteúdo formal e material do delito, o que se verifica através da proposta *tipicidade conglobante*⁸³ que exige muito mais do que o: a) pragma típico (de conteúdo formal); e a b) conflitividade (de conteúdo material); mas também, o c) pertencimento e imputação da conduta ao agente – o que a nosso ver seria verificado pela tipicidade subjetiva e nexos de causalidade – ; e d) a antinormatividade do resultado como característica de risco não permitido – que se trata da antijuridicidade como segundo elemento do crime, alheio a tipicidade por nossa adoção da Teoria Tripartite de crime⁸⁴.

É de suma importância o reconhecimento deste conceito de crime, e sua afetação influi não só ao interprete, mas também ao legislador. Tal como ensina Roxin o conceito material do crime é antecedente ao próprio direito penal codificado, preocupado com os critérios (reais) do crime, servindo assim como limite prévio ao Código Penal e que fornece ao legislador um critério político criminal sobre o se pode punir (incriminar) e o que se deve deixar impune⁸⁵.

⁸² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro –II,I**, 2ª Ed., 2ª Reimpressão, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016, p. 212.

⁸³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro –II,I**, 2ª Ed., 2ª Reimpressão, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016, p. 212-215.

⁸⁴ DOS SANTOS, Juares Cirino, **Direito Penal Parte Geral**, 7ª Ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 78/79.

⁸⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte Geral. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 51

Figueiredo Dias também contempla do pensamento de que “o conceito material do crime é previamente dado ao legislador e constitui-se padrão crítico tanto do direito vigente, como do direito a constituir, indicando ao legislador aquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal”⁸⁶.

Portanto, conceito material de crime terá duas facetas distintas. Primeiramente em abstrato (*ex ante*) – um aspecto de *lege ferenda* ou político-criminal, tal como já ocorria com o conceito formal, funcionando como verdadeiro limite ao Poder Legislativo em sua atividade criminalizadora –, mas também em concreto (*ex post*) e aqui reside sua importância – como critério hermenêutico-aplicativo, levando em consideração o bem jurídico tutelado pelo tipo penal e verificando se no caso em concreto existe real ofensa a este⁸⁷ – que não viola o princípio da legalidade, mas vai além de se preocupar tão somente com seu atendimento, eis que a aplicação de sanção penal exige a verificação formal e material do delito.

3.3 PROTEÇÃO A BENS JURÍDICOS COMO PONTO DE FUGA À SIMPLES LIMITES FORMAIS

A partir da adoção de um conceito material de crime, percebe-se que se está primando pela atuação do Direito Penal somente nos casos de efetiva ofensa aos bens jurídicos tutelados pela norma penal, a primazia da proteção de bens jurídicos como razão precípua do direito penal incriminador permite ir além dos simples limites formais que possibilitam a mera exegese da norma. No entanto, ainda não alcançamos aquilo que permite a atuação do direito penal, cuja subsidiariedade exige algo além do que a representação de qualquer ofensa ao bem jurídico.

⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal; Coimbra Editora, 2007, p. 107.

⁸⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios** (contributo à compreensão do crime como ofensa a bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 55.

O conteúdo material do crime nos permite reconhecer o delito na situação de real ofensa ao bem jurídico tutelado, de modo que não bastaria vislumbrar a ocorrência de dano ou perigo – o que se assemelharia a verificação formal da ocorrência de crime a partir da mera subsunção –, de fato se faz necessário a verificação de dano ou perigo relevante ao bem jurídico tutelado e somente assim significante ao Direito Penal como “*protección subsidiaria de bienes jurídicos*”⁸⁸.

Para o reconhecimento de uma ofensa juridicamente relevante ao direito penal se faz necessário um dano ou perigo capaz de afetar o bem jurídico, o que se verifica a partir de uma exposição a dano relevante ou mesmo a um perigo concreto⁸⁹ ao objeto que reveste o bem jurídico tutelado.

⁸⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte Geral. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 51.

⁸⁹ Aqui reside um ponto de reflexão quanto a verificação de ofensa aos crimes de perigo abstrato, nos quais a colocação do bem jurídico em perigo é presumida e não carece de verificação no caso em concreto. Acreditamos que tais situações não se comportam dentro da teoria do crime como ofensa e bens jurídicos e a uma interpretação a partir do conceito material do crime, eis que a ausência de um perigo em concreto não demonstra ofensa ao bem jurídico, de modo que somente se verifica a tipicidade formal da conduta, eis que ausente qualquer real perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nesse sentido, Luis Greco diz: “Os problemas do crime de perigo abstrato são bastante manifestos: aqui se proíbe e se pune um comportamento, sem que qualquer bem jurídico seja lesionado ou mesmo exposto a real perigo. [...] devem-se entender por crimes de perigo abstrato aqueles crimes cujo tipo não exige nenhuma lesão, nem um perigo concreto para o bem jurídico protegido. [...] em princípio basta a mera prática da conduta descrita para que se incorra na sanção” (GRECO, Luis. **A modernização do direito penal**, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 3). Porém, mesmo entendendo os problemas do perigo abstrato, o autor conclui que os críticos deste tipo de perigo caem em uma simplificação excessiva de questões muito complexas atinentes ao instituto: “Confunde-se a questão do bem jurídico (o que proteger?) com a da estrutura do delito (como proteger: através de crime de lesão, perigo concreto ou abstrato?). E, ainda que reformulássemos a tese dos críticos do perigo abstrato na nova roupagem, dizendo que ela não se refere a um problema de bem jurídico e sim de redefinição de quais seriam as estruturas do delito legítimas (só o delito de lesão e de perigo concreto), ainda assim há uma série de problemas que sequer

Para Schunemann, o conceito de dano não se extrai sem alguma valoração, de modo que

não é interesse qualquer, mas apenas um interesse urgente de convivência que pode ser protegido pelo direito penal, de modo que a utilização do direito penal não pode ser legitimada por meros desconfortos que ameacem o indivíduo ou meras imperfeições da organização social.”⁹⁰.

Por sua vez, Roxin reconhecendo que a ofensa à bem jurídico também pode ocorrer pela exposição deste a um perigo concreto (relevante), explica que “La vinculación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige solo haya punibilidad em caso de lesión de bienes jurídicos. Es suficiente una puesta em peligro de bienes jurídicos, que em los delitos de peligro concreto”, afinal se o perigo ao bem jurídico já se demonstra de maneira concreta, palpável e capaz de alterar o mundo naturalístico, sua proteção a partir da atuação do direito penal denota-se imediata, de modo a evitar, se possível, o dano ainda não ocasionado.

Já para Zaffaroni, a necessidade da verificação de uma real ofensa a bens jurídicos se mostra necessária para completa adequação típica da norma penal incriminadora, a partir do reconhecimento da insuficiência da lei penal como protetora do bem jurídico não violado, afinal “nada prova que a lei penal efetivamente tutele um bem jurídico: a única coisa suscetível de verificação é que a ela confisca um conflito que atinge ou coloca em perigo bem jurídico”⁹¹.

são vistos” (GRECO, Luis. **A modernização do direito penal**, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 111-112).

⁹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luis Greco São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 75.

⁹¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**, 2ª Ed., 2ª Reimpressão, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016, p. 226-227.

De tal modo, concluímos que não somente o reconhecimento de ofensa à bem jurídico satisfaça por completo a tipicidade material, de modo que é a *valoração da intensidade* da ofensa ao bem jurídico que, por derradeiro, será capaz de atingir a totalidade do conteúdo material do crime e legitimar a atuação do direito penal. Pois, ao passo que se exige que a conduta seja concretamente ofensiva ao bem jurídico tutelado não se pode admitir que qualquer dano ou perigo sejam materialmente relevantes ao direito penal, sob pena de se retomar uma valoração estritamente formal do crime.

4 A COMPREENSÃO DA INSIGNIFICÂNCIA

4.1 A INSIGNIFICÂNCIA A PARTIR DA ÍNFIMA OFENSA A BENS JURÍDICOS

Como visto acima, a exigência mínima sobre a insignificância está em torno do conceito de crime, não apenas no seu aspecto formal, mas também no seu conteúdo material, pois a conduta passível de punição no direito penal, além de ter que ir de encontro com a norma legal, tem que colocar em risco valores fundamentais da sociedade.

A efetiva aplicação da insignificância é conhecida por alguns autores através do Direito Romano⁹², cujo significado representava o antigo adágio latino *minimis non curat praetor*, que traduz que um magistrado deve desprezar os casos insignificantes (simples bagatelas) para cuidar das questões realmente relevantes⁹³.

⁹² Apesar da maioria dos estudos e da doutrina afirmar que o nascimento da insignificância data do direito romano, alguns autores discordam e ensinam que a expressão nasce no período Renascentista. Entre todos José Luis Guzmán Dálbora (La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ambito de lo injusto típico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 14, v. 4, 1996, p. 41-82.

⁹³ REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância**: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 31.

Essa máxima estabelece um importante instrumento político criminal na tentativa de conter o poder punitivo, viabilizando o afastamento da tipicidade material. Nesse sentido, não há necessidade de aplicação de nenhuma sanção, por não se tratar de fato que mereça ser punido.

Mais à frente, a *teoria da adequação social* formulada por Welzel introduziu a tese de que ações realizadas no contexto da ordem social histórica da vida⁹⁴, aceitas e comumente praticadas na sociedade são ações socialmente adequadas, sendo assim atípicas, ainda que correspondam à descrição do tipo penal. Afinal, explica Juarez Cirino dos Santos “se o tipo legal descreve injustos penais, então, evidentemente, não pode incluir ações socialmente adequadas”⁹⁵.

Posteriormente, Claus Roxin é intitulado como o responsável por de fato (re)introduzir e sistematizar a *insignificância* em 1964 como critério válido para definição geral do tipo injusto⁹⁶ e, portanto, impondo a necessidade de ofensa relevante como parte integrante da tipicidade.

Segundo Roxin, para que o fato seja punível é necessário que a conduta seja típica (ofereça ofensa), antijurídica, culpável e punível, relacionando a aplicação do direito penal aos princípios políticos criminais. Com isso, para o autor alemão deve-se ter

sob o ângulo do princípio *nullum-crimen* [...] uma interpretação restritiva, que realize a função de Magna Carta e a “natureza fragmentária” do direito penal, que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico. Para tanto, são necessários princípios regulativos como a adequação social, introduzida por WELZEL, que não é elementar do tipo, mas

⁹⁴ WELZEL, **Das Deutsches Strafrecht**, 1969, §10, p. 56.

⁹⁵ DOS SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal Parte Geral**, 7ª Ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 83.

⁹⁶ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema de Direito Penal**, trad. Luis Greco. São Paulo: Renovar, 2000, p. 47.

certamente um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abrangem comportamentos socialmente suportáveis. Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos⁹⁷.

Dessa forma a insignificância do tipo penal é atribuída a todas as condutas de mínima ofensa, as quais são ínfimas no contexto social. Com isso se tira que só é possível atingir uma tipicidade material quando for evidente a ofensa grave ao bem jurídico, ao passo que se não houver ofensa grave, tem-se apenas tipicidade formal.

Não basta, portanto, tratar de ofensa a bens jurídicos, é preciso que a ofensa seja relevante, de modo que a ocorrência de conduta produtora de dano ínfimo ou irrelevante afasta o conteúdo material do crime, justamente por não se adequar ao proposto conceito material do delito.

A preocupação em dar solução a esse problema se apresenta a partir da existência de pronunciamentos judiciais que, aferrando-se de uma tipicidade formal, puniam (e continuam punindo) comportamentos que a mínima ideia de racionalidade de um sistema penal de *ultima ratio* indicam que não deveriam chegar em seu alcance⁹⁸.

Por derradeiro, isolado dentre os Manuais da doutrina brasileira, Paulo Queiroz acredita que “a aplicabilidade do princípio deve ser aferida objetivamente, independente das condições pessoais do agente”, argumentando ainda que, se doutrina e a própria jurisprudência acabam reconhecendo a insignificância como causa excludente de tipicidade, embora formalmente criminalizada, se a conduta do agente não traduz, em

⁹⁷ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema de Direito Penal**, trad. Luis Greco. São Paulo: Renovar, 2000, p.46-47.

⁹⁸ VITOR, Enrique Ulises García. **La insignificancia en el derecho penal**. Los delitos de bagatela. Dogmática, política criminal y regulación procesal del principio. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 2000, p. 15-16.

concreto, lesão digna de proteção penal, cumpre admiti-la independentemente da existência de maus antecedentes, habitualidade, reincidência e qualquer outro atributo subjetivo⁹⁹.

4.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O TOTAL DESVIRTUAMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA

Quando a insignificância começou a ser citada em decisões judiciais dos tribunais brasileiros não havia qualquer critério para a definição do que poderia ser uma conduta insignificante ou não. Por isso, na tentativa de unificar as decisões judiciais o Supremo Tribunal Federal acabou por flexibilizar ainda mais a insignificância através do HC 84.412/SP, fixando novos vetores para a sua verificação. Vejamos:

O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como *(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada* - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a

⁹⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. Vol. 1. 12ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 88-91.

privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (STF HC84412 / SP - SÃO PAULO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 19/10/2004, Órgão Julgador: Segunda Turma) (grifamos)

Desde então, consolidou-se na jurisprudência pátria a verificação da insignificância a partir dos critérios de: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência da periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão causada. Esses critérios fazem com que haja na prática dos tribunais uma reprodução acrítica e mecânica dos critérios estabelecidos por essa decisão paradigmática sem qualquer respeito a aplicabilidade de cada caso, em uma verdadeira “alienação de interpretação”¹⁰⁰.

Além disso, constata-se que essa decisão não chegou a definir em que consistira cada um dos vetores por ela elencados, uma vez que eles contém expressões de conteúdo genérico e sujeito a interpretações conflitantes, como a *mínima ofensividade da conduta do agente*¹⁰¹. Da mesma forma, a *periculosidade social da ação* não pode ser

¹⁰⁰ CARUNCHO, Alexy Choi; BUSATO, Paulo Cesar. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio da intervenção mínima. **Revista de Estudos Criminais**, n. 40, 2011, p. 29..

¹⁰¹ CARUNCHO, Alexy Choi; BUSATO, Paulo Cesar. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio da intervenção mínima. **Revista de Estudos Criminais**, n. 40, 2011, p. 35.

considerada critério válido para avaliação da insignificância, pois remete-se ao passado histórico do positivismo criminológico, que infelizmente ainda permanece no pensamento social brasileiro. O mesmo pode se dizer do *grau de reprovabilidade do comportamento*, uma vez que enseja um julgamento ético e moral do sujeito que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito¹⁰². Por último, a *inexpressividade da lesão causada*, que apesar de ser demasiado genérico, pode-se interpretá-lo como o desvalor do resultado e seu grau de afetação ao bem jurídico¹⁰³.

Outra consideração feita pelo Supremo Tribunal Federal reside no sentido da aplicação ou não do princípio da insignificância ao reincidente, sendo amplamente majoritária a posição no sentido do não reconhecimento da insignificância quando o crime fora praticado por autor reincidente, sobretudo, se analisarmos decisões mais recentes.

A posição do Supremo Tribunal Federal que roga pelo afastamento da insignificância ao reincidente alega – erroneamente – que a aplicação da insignificância em tais casos constituiria “verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais” de modo que “o reconhecimento da atipicidade da conduta” a partir da “adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a idéia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta.”¹⁰⁴

Outro entendimento pelo não reconhecimento da insignificância exarado pelo Supremo Tribunal Federal milita no sentido de que

¹⁰² Nesse sentido, entendemos que não se pode misturar os conteúdos analíticos do crime, ou seja, não se pode analisar parâmetros do elemento culpabilidade dentro da tipicidade, subvertendo a estrutura e o conceito da teoria do delito e implicando em insegurança jurídica (PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. “A objetividade do princípio da insignificância”. In: **Boletim do IBCCRIM**, ano 9, n. 109, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 12).

¹⁰³ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 138-153.

¹⁰⁴ STF, HC 122.547/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19/08/2014.

[...]O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. 4. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal [...].¹⁰⁵

Vislumbra-se que dentre aqueles quatro vetores propostos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a *reprovabilidade do comportamento* acaba por legitimar uma consideração de comportamento enquanto conduta social do agente, e não no aspecto do comportamento típico praticado, como entendemos ser mais correto. É possível perceber, portanto, que ultimamente prevalece nos tribunais brasileiros o entendimento que a análise da insignificância deve levar em consideração aspectos da conduta social e da personalidade do acusado (direito penal do autor), tornando a decisão uma avaliação do *modus vivendi* do acusado que juntamente com o discurso positivista identifica na população marginalizada uma “classe perigosa” que precisa ser vigiada e afastada do convívio¹⁰⁶

Agrava ainda mais o colapso de julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁷ o afastamento da insignificância

¹⁰⁵ Supremo Tribunal Federal, HC115.707/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgamento 25/06/2013, grifamos.

¹⁰⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 154-159.

¹⁰⁷ Como exemplo: HC 127888 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015

realizado não em face da reincidência (Art. 63 do CP), mas levando em consideração a fatídica conduta social do agente, a habitualidade ou a reiteração da prática de crimes de bagatela, violando não só a essência do princípio da insignificância enquanto excludente de tipicidade, mas também a presunção de inocência (Art. 5º, LVII, CF/88 c.c Art. 8.2, Dec. 678/92), capaz de proibir a valoração de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena (Súmula 444 do STJ), certamente também impede a ilógica valoração destes para reconhecer a tipicidade penal.

Notadamente o que se passa no ambiente jurisprudencial é gravíssimo, e decorre também do tratamento da insignificância pela doutrina brasileira, sopesado ainda ao fato da atribuição de considerações de ordem subjetiva a verificação da tipicidade material que, como se sabe, trata-se de tipicidade objetiva¹⁰⁸.

A doutrina brasileira, sobretudo aquela composta por doutrinadores da atualidade, corriqueiramente citados no âmbito dos Tribunais Superiores, em sua maioria trata a insignificância a partir de sua aceção principiológica, de modo que dissertam acerca do tema, em seus Manuais e Cursos de Direito Penal, quando da análise dos demais Princípios Gerais do Direito Penal¹⁰⁹.

¹⁰⁸ A tipicidade subjetiva, por sua vez, diz respeito a responsabilidade subjetiva, ou seja a observância de dolo ou culpa na ação praticada pelo agente. Nem mesmo nesta face da tipicidade se faz necessária a observância de reincidência ou primariedade para determinar-se presente ou não a tipicidade subjetiva. O somatório de condutas não determina a tipicidade, eis que a reiteração delitiva é irrelevante para o tipo penal. Em resumo, a reincidência não exclui a tipicidade do fato, pois não há relação entre a análise da vida pregressa do agente e valoração da ofensividade. A reincidência pode afetar apenas a dosimetria da pena, como agravante, tal como previsto no Art. 61, inciso I do Código Penal Brasileiro.

¹⁰⁹ Para exemplificar, Fernando Capez trata a insignificância como princípio da insignificância ou bagatela, indicando sua origem no Direito Romano, sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, segundo o qual, o Direito Penal não deveria se preocupar com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o

A nosso sentir, talvez resida aqui a causa que trará como consequência a má interpretação da insignificância em nosso ordenamento, pois um tratamento da insignificância como simples princípio – queremos dizer, apenas e isoladamente no campo principiológico – acaba por permitir sua aplicação ou não, bem como possibilita seu afastamento, “harmonização” ou “flexibilização” em face da aplicação de outros princípios, que em verdade, trata-se de uma *ponderação à brasileira*.

Isso acaba ocasionando a propositura de uma inadmissível aplicabilidade (sic) da insignificância, que resumidamente visa justificar o injustificável, propondo sua incompatibilidade com certos delitos, ignorando a ofensividade da conduta e dando relevância penal a interesses de ordem coletiva¹¹⁰, que em verdade não constituem vetor para justificar a aplicação da insignificância.

Muito antes que se cometessem tais erros, Beccaria já advertia que: “a única e verdadeira medida dos delitos é o dano causado a nação, e por isso erraram aqueles que acreditaram como verdadeira medida dos delitos a intenção de quem os comete”¹¹¹. Se não há ofensa ao bem jurídico tutelado a partir da conduta praticada não há como reconhecer aspecto criminoso a referida conduta – que notadamente não pode ser reconhecida a partir da reiteração delitiva do agente –, sob pena de acabar optando pela aplicação de um direito penal do autor, decidindo-se por punir o sujeito por seus aspectos subjetivos e não pelo ato praticado, tal como seria correto a partir da adoção de um direito penal do fato.

Este novo direito penal do fato, que nas palavras de Zaffaroni surge sob a forma de direito penal do risco, acaba por antecipar a tipicidade e aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim

bem jurídico. (CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29).

¹¹⁰ MASSON, Cleber. **Direito Penal**. Vol. 1. Esquematizado. 9ª Ed. São Paulo: Grupo Gen, 2015, p. 34.

¹¹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, trad. de José de Faria Costa. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1998, p. 75.

controlar não apenas a conduta, mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento. Isso certamente se aproxima dos primórdios, da inexistência de bem jurídico, do crime como pecado e da punição de condutas imorais, eis que

Em algum sentido, tal direito tende a incorporar uma matriz de intervenção moral, análoga à legislação penal das origens da pena pública, como acrescido inconveniente de presumir dados subjetivos, a partir da afirmação que a responsabilidade provém de processo de imputação objetiva baseados em expectativas normativas, e não em reais disposições intelectivas internas do sujeito que atua. Esta orientação culmina com o retorno à presunção do dolo, através da chamada *normativização*, que prescinde da vontade real¹¹².

Inobstante, a verificação do conteúdo material do crime exige tão somente a observância da ofensa da conduta no caso em concreto, critério este objetivo por natureza, de modo que a valoração de aspectos subjetivos, sobretudo para reconhecer a tipicidade material não encontra precedentes, tampouco justificativa dogmática coerente.

De tal maneira, acreditamos não ser correta a interpretação da Corte Suprema, eis que considerações de ordem subjetiva que transcendem a esfera material não são compatíveis com a análise da tipicidade objetiva, seja em seu aspecto formal ou material. Em verdade o que se vem promovendo é um indevido desvirtuamento da insignificância que acaba possibilitando que se reconheça como crime condutas materialmente irrelevantes ao Direito Penal.

Na mesma toada e refletindo o posicionamento do STF caminha o Superior Tribunal de Justiça ao sumular entendimentos que vedam a aplicação da insignificância a partir de uma análise abstrata e formal do tipo penal, tal como ocorre nos

¹¹² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro –I**, 2ª Ed., 2ª Reimpressão, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016, p. 133.

casos de violência doméstica (Súmula 589 STJ), aos crimes contra a administração pública (Súmula 599 STJ) e ao crime de transmissão clandestina de sinal de internet (Súmula 606 STJ).

Criticando esta compreensão da insignificância, Juarez Tavares adverte que: “a análise da lesão do bem jurídico não se limita à simples infração formal à norma proibitiva. (...) O mesmo argumento deve valer para outros delitos, ainda que não constituam delitos patrimoniais, sem qualquer invocação de metarregras de significado moral. Incorporando esse sentido a todas as normas criminalizadoras, como um cânone interpretativo unanimemente acolhido (...)”¹¹³.

A adoção de um posicionamento nesse sentido faz ressurgir a análise moral no âmbito conceitual do delito, independentemente da lesão a bem jurídico, já que se considera crime condutas escolhidas pelo interprete de forma abstrata sem ao menos aferir a conduta do agente e seu conteúdo.

Portanto, é impossível também concordar com o posicionamento atual adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho verificou-se por meio de uma análise crítica do crime como uma ofensa a um bem jurídico, as implicações que o instituto da insignificância traz ao direito penal. Tal instituto apresenta-se como uma ínfima ofensa ao bem jurídico tutelado pelo direito penal, não bastando que exista uma ofensa, porém que essa ofensa seja relevante socialmente e não apenas atinja a tipicidade formal mas também a tipicidade material.

Analizou-se durante o artigo os conceitos formal, legal e analítico a fim de chegar ao conceito material de crime, que se preocupa com o aspecto substancial da conduta criminosa, sua real

¹¹³ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 232.

implicação no caso concreto, não sendo suficiente para verificação da ocorrência do crime a mera subsunção, pois a verificação daquilo que materialmente representa um crime em si, exigindo a presença de uma real *ofensa ao bem jurídico tutelado* provocado pela conduta incriminada pela lei penal. Com isso, para o reconhecimento de uma ofensa juridicamente relevante ao direito penal se faz necessário um dano ou perigo capaz de afetar o bem jurídico, o que se verifica a partir de uma exposição a dano relevante ou mesmo a um perigo concreto ao objeto que reveste o bem jurídico tutelado.

No que tange mais especificamente à aplicação da insignificância no direito brasileiro, intentou-se realizar uma análise de qual o discurso da doutrina mais comumente utilizada nos Tribunais brasileiros para verificar qual é o entendimento destes em relação ao instituto da insignificância. Verificou-se que a insignificância é utilizada majoritariamente como um princípio do processo penal, facilmente sendo flexibilizado por meio da chamada “ponderação à brasileira” que é uma forma de **permitir a eliminação de determinado princípio ou interpretação valendo-se da retórica e de fins não dignos para desvirtuar os verdadeiros fins a que se destinam o Direito Penal, neste caso**¹¹⁴. Constata-se também que alguma parte da doutrina afirma que a insignificância não deve ser compatível com certos delitos, o que desvirtua o seu próprio núcleo.

Por último, analisou-se o próprio discurso do STF, especialmente por meio do HC 84.412/SP que fixou novos vetores para a verificação da insignificância no âmbito jurisprudencial: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência da periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão causada. Dentre esses vetores a *reprovabilidade do comportamento* acaba por legitimar condenações pelo comportamento enquanto conduta

¹¹⁴ PANOEIRO, José Maria; CHECKER, Monique. Incongruências significativas: o princípio da insignificância na jurisprudência brasileira. **Revista Omnes-ANPR**, n. 1, 2013.

social do agente, e não no aspecto do comportamento típico praticado, como entendemos ser mais correto, o que acarreta entendimentos de que não existe insignificância quando o crime fora praticado por autor reincidente, por se tratar de “criminoso contumaz”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**, Baden-Baden: Suhrkamp, 1994.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, trad. de José de Faria Costa. Lisboa: Fund. CalousteGulbenkian, 1998.

BIRNBAUM, J. **Über das ErforderniseinesRechtsverletzung zum BegriffdesVerbrechens**, Archivdes Criminalrechts,1834.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARUNCHO, Alexy Choi; BUSATO, Paulo Cesar. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio da intervenção mínima. **Revista de Estudos Criminais**, n. 40, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios** (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2009

DOS SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal Parte Geral**, 7ª Ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**, Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal; Coimbra Editora, 2007.

GAUER, Ruth M. Chittó. **A fundação da norma**, para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte geral**. 4ª Ed. Granada: Comares, 1993.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. v. 1. Campinas: Russell, 2003.

LOPES, Maurício Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95 (juizados especiais criminais) e 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Curso de derecho penal**, Parte General. Madrid: Universitatis, 2006.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. Vol. 1. Esquematizado. 9ª Ed. São Paulo: Grupo Gen, 2015.

MONTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello Schemadi Delega Legislativa per um Nuovo Codice Penale. **RIDirPP**, n. 2, 1997.

PANOEIRO, José Maria; CHECKER, Monique. Incongruências significativas: o princípio da insignificância na jurisprudência brasileira. **Revista Omnes-ANPR**, n. 1, 2013.

PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. “A objetividade do princípio da insignificância”. In: **Boletim do IBCCRIM**, ano 9, n. 109, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 12ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema de Direito Penal**, trad. Luis Greco. São Paulo: Renovar, 2000.

_____. **Derecho Penal**. Parte Geral. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

SAEVERA, Giovanni Agostini; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Ofensividade em Direito Penal: revisitando o conceito de bem jurídico a partir da Teoria do Reconhecimento. **Revista Direito & Justiça**, v. 38, n. 1, p. 14-21, jan./jun. 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Trad. Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

VITOR, Enrique Ulises García. **La insignificancia en el derecho penal.** Los delitos de bagatela. Dogmática, política criminal y regulación procesal del principio. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 2000.

WELZEL, **Das Deutsches Strafrecht**, 1969, §10.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**, 2ª Ed., 2ª Reimpressão, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – II, I**, 2ª Ed., 2ª Reimpressão, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016.