

## PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO

PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE: PROPORTIONALITY AND DELIBERATION

Homell Antonio Martins Pedroso <sup>1</sup>

Alexandre Moreira van der Broocke <sup>2</sup>

**RESUMO:** A pesquisa se volta para a análise da aplicação do Princípio da Insignificância no ordenamento jurídico brasileiro, partindo da premissa de que o Direito contemporâneo é composto por regras e princípios. Num primeiro momento, o fato típico é o que interessa, mais precisamente quando feita a análise da tipicidade material, na qual se verifica o dano efetivo da conduta do agente. Adotando o método qualitativo indutivo, com análise bibliográfica de textos, busca-se a correta interpretação dos quatro requisitos necessários à aplicação do Princípio da Insignificância, estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, a mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva devem estar cumulativamente presentes no caso concreto. Por fim, a normatividade do princípio consiste - feitas as operações valorativas - em dar uma decisão justa para um fato certo e determinado, com base na proporcionalidade e na ponderação, que são também objetos de estudo nesta pesquisa.

**Palavras-chaves:** Princípio da insignificância; positivismo; proporcionalidade; ponderação.

**ABSTRACT:** *The research turns to the analysis of the application of the Principle of Insignificance in our legal system, starting from the premise that contemporary Law is composed of rules and principles. At first, the typical fact is what interests us, more precisely when we make the analysis of the material typicity, in which we verify the effective damage of the agent's conduct. Adopting the qualitative inductive method with bibliographical analysis, we seek the correct interpretation of the four requirements necessary for the application of the Principle of Insignificance, established by the Federal Supreme Court. Thus, the minimum offensiveness of the conduct, absence of dangerous action, low degree of reproducibility of behavior and inexpressive legal injury must be cumulatively present in the concrete case. Finally, the normativity of the principle consists in making value judgments, in order to give a fair decision to a certain fact determined on the basis of proportionality and weighting, which are also objects of study in this research.*

**Keywords:** *Principle of insignificance; positivism; proportionality; pondering.*

---

<sup>1</sup> Advogado. Docente na FASC/OAPEC. Mestre em ciências jurídicas no programa de pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (2002). Especialista em Processo Civil pela FIO - Faculdades Integradas de Ourinhos (2006). Contato: hamp@adv.oabsp.or.br.

<sup>2</sup> Juiz de Direito no Estado do Paraná. Mestre em ciências jurídicas no programa de pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: broocke11@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

A vida gregária é sem sombra de dúvidas uma condição necessária à subsistência de seus membros e à conservação da espécie humana, embora esta última assertiva não seja tão absoluta quanto o é a primeira, já que a história nos mostra grandes guerras e um potencial bélico capaz de extinguir a raça humana, em razão dos conflitos gerados pela própria vida em sociedade.

O certo é que do agrupamento surgem relações de naturezas diversas e parte delas acaba por desaguar em conflitos que colocam seus membros em posições antagônicas e imbuídos de sentimentos variados, uns contentes e outros descontentes.

Destas incertezas e inseguranças geradas pelos conflitos de interesses resistidos surge a necessidade de se estabelecer um sistema normativo que busque orientar e definir condutas que, se observadas, trarão aos componentes do grupo uma segurança nas relações intersubjetivas, daí a instituição de regras normativas pelo Estado Legislador.

Ocorre que, mesmo estando em vigência estas regras, não haverá paz absoluta no meio social, isto porque a sociedade é dinâmica e a natureza humana é diversificada em estados de espírito dos mais variados, como, por exemplo, a ganância, o medo, a intolerância, a sede de poder, entre outros. Nesta esteira, permanecem os conflitos que na maioria das vezes não serão resolvidos apenas com as regras positivadas.

As regras positivadas contêm normas que, quando aplicadas, poderão não trazer ao mundo dos fatos uma decisão que atenda os anseios de justiça, razão pela qual surgiu um pensamento novo que agrega ao sistema vigente um novo grupo de normas, que a despeito de, algumas não terem um suporte físico, deverão ter aplicação imediata no caso concreto, fazendo com que o provimento jurisdicional que soluciona o conflito deságue em um comando justo. Eis o advento dos princípios em convivência harmônica com as regras positivadas.

O ordenamento jurídico brasileiro é composto de várias regras que definem variados comportamentos, dentre elas o direito penal, o qual se encarrega de dizer aos membros da sociedade quais condutas não são permitidas e quais serão as consequências para o descumprimento das regras

positivadas. É aqui que são definidos os comportamentos indesejados, ou seja, as infrações penais que comportam os crimes e as contravenções penais, bem como as penas cominadas e o modo de aplicação das normas-sanções.

Assim é que, verificado o fato definido como infração penal nasce ao Estado o direito de punir o infrator e, para tanto, também são previstas no ordenamento normas processuais que orientarão o processo de tipificação do fato, de verificação da antijuridicidade, de atribuição de autoria e consequente aplicação da pena, tudo embasado no princípio do devido processo legal.

Ocorre que ao final deste processo o Estado deverá, pela voz do magistrado, manifestar-se através de uma sentença e pode ocorrer que aplicando apenas a norma positivada pelo suporte físico da lei, não se verifique uma solução justa ou relevante para o direito penal, daí a necessidade de complementar a incidência da norma legal com a aplicação de um princípio, o qual, por vezes, é denominado de Princípio da Insignificância, que qualifica o crime como de bagatela.

A primeira impressão que se tem na definição do conceito do princípio da insignificância é de que basta o pequeno valor patrimonial da coisa furtada ou a pequena quantidade de entorpecente para se reconhecer a aplicação da norma principiológica, o que na verdade não é o que se vê na jurisprudência pacificada pelo Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal maior entende que a lesão jurídica inexpressiva não é o único requisito para aplicação do princípio da insignificância, mas que a ele se agreguem outros três, quais sejam: conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação e reduzido grau de reprovabilidade da conduta.

Neste sentido segue a pesquisa, consistente em definir o processo de aplicação do princípio da insignificância, o momento de sua incidência e sua natureza jurídica e, por fim, a aplicação do postulado da proporcionalidade e do fenômeno da ponderação.

## **DIREITO PENAL**

O homem vivendo em sociedade por vezes se depara com comportamentos que trazem em seu bojo uma carga de prejudicialidade às relações sociais, na maioria das vezes causando real prejuízo ao seu semelhante.

Diante desta realidade, cabe ao Estado, pelo seu Poder Legislativo, produzir normas para buscar segurança nas relações, e assim o faz, individualizando os comportamentos de acordo com a valoração dos bens jurídicos efetivamente relevantes e instituindo, assim, a sua proteção.

Ao conjunto de normas positivadas e que tratam da tutela dos bens, bem como o modo de aplicação das normas, denomina-se Direito Penal o que, no ensinamento de Noronha, “é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica”.<sup>3</sup>

A linha de pensamento da pesquisa, como trata do princípio da insignificância, requer uma análise da visão moderna, que abandona a ideia de que a lei é a única norma a constituir o Direito, para então, colocar como normas do Direito, os princípios, como será visto no próximo tópico.

## **NEOPOSITIVISMO**

A aplicação do Direito Penal com base no pensamento paleopositivista é tida como ultrapassada, já que a pós-modernidade pede uma resposta Estatal que observe a natureza dinâmica do desenvolvimento social, ou seja, que considere a assertiva verdadeira de que apenas o *império* da lei não é capaz de dar uma decisão justa em razão da premissa de que os fatos são diferentes uns dos outros, cada um tem sua marca individual.

O positivismo encampa a ideia de que a lei seria a única espécie normativa, reinando em absoluto, razão pela qual as decisões seriam previamente conhecidas, o que proporcionaria uma segurança jurídica. Este pensamento não se preocupa com o conteúdo da decisão no caso concreto, lembrando em muito o inesquecível Charles Chaplin, quando mostra a automação na indústria, no filme *Tempos Modernos*.

Esta característica de engessamento do sistema via lei, com desprezo de critério axiológico é bem definida por Warat; vejamos:

---

<sup>3</sup> NORONHA, E.M. *Direito Penal*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 4

*[...] elimina de su seno toda noción metajurídica, y no solo la valoración jurídica (La axiología), sino también la facticidad (los hechos), quedando tan solo con la norma y su enfoque técnico-jurídico, que se reduce a La demostración lógica de la validez de las normas jurídicas. El contenido Del derecho se identifica con la norma. La realidad jurídica deviene norma, categoría del conocimiento, desvinculada de la dinámica existencial y de su intento de valoración y justificación.* <sup>4</sup>

A bem da verdade, o Poder Legislativo não consegue prever todas as situações futuras e passíveis de ocorrência, justamente em razão da evolução tecnológica que dinamiza a sociedade e, por isso, busca uma nova espécie normativa capaz de dar uma decisão justa ao caso concreto, quando as regras normativas não conseguirem atingir este intento. O professor Cambi sinaliza esta problemática na seguinte afirmação:

*É impossível, em uma sociedade em constante transformação, prever todas as combinações futuras dos eventos sociais. Sempre são verificadas situações novas não previstas, ignoradas ou mal refletidas, originariamente, no momento em que a lei foi elaborada.* <sup>5</sup>

É neste contexto que se destaca o novo pensamento jurídico denominado neopositivismo, que consegue vislumbrar a necessidade de uma espécie normativa que, após o julgador verificar ser a decisão oriunda da regra normativa, injusta para aquele caso específico, atue de modo valorativo na seara do fato concreto em relação ao que se espera do ordenamento. Eis a incidência dos princípios.

Por fim, segundo Cambi, *“a construção do sistema jurídico ideal decorre do equilíbrio entre os valores da segurança jurídica e da justiça. Consequentemente, requer a compatibilização entre regras e princípios”*. <sup>6</sup>

Nesta linha de pensamento, adota-se a premissa de que o ordenamento jurídico normativo contemporâneo é composto por regras e princípios, e oportuna seria a conceituação de princípio já neste tópico. Todavia, optamos por fazê-la quando tratarmos do princípio da insignificância.

Em que pese a premissa de que o ordenamento jurídico é integrado por regras e princípios, é importante registrar que os princípios não podem ser a via

---

<sup>4</sup> WARAT, L. A. apud ROCHA, L. *O Direito e Sua Linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Safe, 1984, p. 26.

<sup>5</sup> CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 133.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 90.

pela qual se confere ao Estado-Juiz a possibilidade de desconsiderar o texto normativo, sob o pretexto de que a regra não condiz com o conceito de justiça, segundo o entender subjetivo do julgador.

Ao contrário, os princípios devem ser tidos como fonte de validade da norma, bem como vetor de interpretação para a atribuição de sentido ao comando legal. Nessa esteira, atente-se à lição de Lênio Streck:

*não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática.*<sup>7</sup>

Em uma breve leitura do rol de direitos fundamentais, hoje revestidos de relevante densidade normativa, fazem-se positivados na Constituição da República.

Porém, não é só na Lei Maior que se mostra evidente este fenômeno, aliás, especificamente em relação ao princípio da insignificância, é digno de registro o disposto no parágrafo primeiro, do artigo 240, do Código Penal Militar, onde se lê que:

*Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.*<sup>8</sup>

O citado dispositivo legal representa a positivação do princípio da insignificância, uma vez que a baixa lesividade da conduta pode levar ao afastamento da tipicidade, desclassificando-se o agir do réu para uma mera infração administrativa.

Levando-se em consideração que no Direito Penal comum ainda não se conta com o princípio da insignificância positivado, há que se lançar mão de institutos interpretativos e juízos valorativos, para que se confira concretude aos objetivos do Direito Penal enquanto “soldado de reserva” do ordenamento jurídico, questão esta que é abordada no presente artigo.

---

<sup>7</sup> STRECK, L.L. *Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012. p. 68.

<sup>8</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Código Penal Militar* de 21 de outubro de 1969. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm) Acesso em: 01 dez. 2012.

## FATO TÍPICO

Antes de tratarmos do princípio da insignificância é necessária uma abordagem meramente revisional sobre o exercício mental do operador do direito, desde a ocorrência de um fato material aparentemente violador de um tipo penal, até a imposição de uma sanção respectiva.

Assim, ocorrido um fato no mundo real e que, em tese, lesione um bem jurídico penalmente tutelado, há de se verificar se este fato é também típico, ou seja, se constitui infração penal prevista em lei. Para esta tarefa, a nós interessa o conceito analítico de crime, mas, para enriquecer o trabalho, traremos também o conceito material, ambos obtidos nas lições de Fragoso:

*Sob o aspecto material, é o crime um desvalor da vida social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um bem, ou a um valor da vida social. [...] Define-se, assim, o crime como ação ou omissão típica, antijurídica e culpável.<sup>9</sup>*

A ação ou omissão podem ser consideradas fato típico, que é resultado da análise do fato material, ocorrido no mundo real, em cotejo com o tipo penal previsto na norma em abstrato; trata-se, pois, do exercício de subsunção do fato à norma. Ato subsequente é verificar se não existe no sistema normativo um elemento excludente da antijuridicidade e, por fim, é analisada a culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena ou elemento integrante do conceito de crime, dependendo da teoria adotada.

Para dar sustentação ao tópico seguinte é importante definir de forma clara os elementos que compõe o tipo penal e o fato típico, já que é neste momento que se verifica a aplicação do princípio da insignificância.

Pois bem, o tipo é composto por elementos objetivo-descritivos, elementos normativos e elementos subjetivos. Os primeiros são aqueles perceptíveis pelos sentidos humanos, de pronta constatação, tais como objetos, animais coisas ou atos. Os elementos normativos são aqueles que além de um esforço meramente cognitivo, demandam uma atividade valorativa por parte do sujeito que busca compreendê-los, tais como as expressões “indevidamente”, “fraudulentamente” e “coisa alheia”.

---

<sup>9</sup> FRAGOSO, H.C. *Lições de Direito Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 147-149.

Por fim, nos ensinamentos de Bitencourt, têm-se os elementos subjetivos que, como o próprio nome já indica, guardam estreita relação com o sentir e entender do autor do fato, sendo que o elemento subjetivo por excelência e de maior relevância é o dolo.<sup>10</sup>

Para os paleopositivistas, bastava a congruência entre o fato concreto e o tipo previsto na lei para a configuração do delito, ou seja, apenas a tipicidade formal, que é a adequação do fato concreto ao tipo previsto na lei, independente de qualquer outra valoração.

Hoje, não há como se contentar apenas com esta visão, exigindo, o momento histórico neopositivista, que se verifique também a tipicidade material, que implica verificar a relevância da lesão ou perigo de lesão para o direito penal.

Assim, a verificação da tipicidade material é uma interpretação axiológica de alguns dos elementos verificados na tipicidade formal, quais sejam: conduta dolosa ou culposa, ação e o resultado.

### **Tipicidade material**

O tipo, enquanto elemento integrante do conceito analítico de crime, compõe-se de duas facetas, quais sejam, a tipicidade formal e a tipicidade material. A primeira, já referida no presente estudo, diz respeito única e exclusivamente à verificação da congruência entre o fato e a previsão abstrata da conduta descrita na norma. Constatando-se que o fato imputado ao agente conta com todos os elementos integrantes do tipo penal, tem-se que seu agir se reveste de tipicidade formal.

Por outro viés, a tipicidade material consiste em conceito que guarda estreita relação com a lesividade da conduta atribuída ao sujeito, bem como com os riscos a que são expostos os bens jurídicos tutelados no Direito Penal.

Desta feita, para que uma conduta seja penalmente relevante, não basta que o agir do sujeito no mundo dos fatos encontre perfeita subsunção com a conduta abstratamente prevista na norma (tipicidade formal), é imprescindível que tal agir atinja de forma considerável o bem jurídico protegido pela pena ou,

---

<sup>10</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. Vol.1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 205.



ao menos, que o exponha a risco intolerável (tipicidade material). Nesse sentido, cumpre trazer à discussão o entendimento de Juarez Tavares:

*A norma delimitadora não vale por si mesma. Para valer, além da exigência quanto ao procedimento democrático de sua elaboração, será preciso que justifique a incriminação sob o ponto de vista de seus efeitos sociais, quer dizer, se a regra é a da preservação da liberdade, em primeiro plano, e se a exceção de intervenção só pode ser executada em caso de necessidade e desde que atendidas sua adequação e proporcionalidade. Essa incriminação deve, por sua vez, ter por referência um determinado efeito, que não será efeito de sua infração, como quer a teoria sistêmica, mas o efeito de lesão, que pode ser produzido pela conduta proibida ou mandada. Essa referência a um efeito produzido pela própria conduta incriminada faz com que a norma incriminadora dependa de que essa conduta tenha efetivamente causado um dano individual e social de certa gravidade ou que, pelo menos, tenha constituído um perigo concreto de dano.*<sup>11</sup>

Diante disso, é possível perceber que existe um exercício de juízo valorativo quando da verificação da tipicidade material de uma conduta concreta. Pois é justamente nas situações em que o exercício do referido juízo formalista aponta em sentido negativo que se deve fazer valer o princípio da insignificância, afastando-se, dessa forma, a tipicidade material da conduta por intermédio da qual não se lesiona nem expõe a risco relevante, o bem jurídico tutelado pela norma penal.

## **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

Os bons ventos do neopositivismo agregaram, ao sistema normativo de regras, os princípios, que se constituem em nossa leitura, como norma reclamada a ser aplicada em situação concreta, de modo a trazer uma solução justa que não se pôde obter apenas com a regra.

Neste sentido, interessante a definição de princípio ofertada por José Sérgio da Silva Cristóvam, como segue:

*Os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional. Podem ser expressos mediante enunciados normativos ou figurar implicitamente no texto constitucional. Constituem-se orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento e capazes de evidenciar a ordem jurídica constitucional.*<sup>12</sup>

<sup>11</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.120-121.

<sup>12</sup> CRISTÓVAM, J.S.D.S. *Colisões entre princípios constitucionais*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 69.

Não há, portanto, dúvidas de que o princípio da insignificância seria uma norma que promove uma interpretação valorativa no campo penal, quando da verificação da tipicidade material de um fato, dando sustentação ao ordenamento jurídico, para ao final entregar à sociedade uma prestação jurisdicional de acordo com aquele e tão somente aquele fato, funcionando como comando de otimização ou, ainda, como fonte de validade da regra, bem como medida de extensão de sua interpretação.

A nomenclatura do princípio dá a ideia de que para o seu reconhecimento basta que o valor do bem juridicamente protegido seja insignificante, o que na verdade não corresponde ao pensamento da Suprema Corte brasileira <sup>13</sup>, para quem, é necessária a valoração do fato típico no momento da análise da conduta, da ação, e do resultado.

Para que esta operação axiológica leve ao reconhecimento do princípio da insignificância é necessário que a ofensividade seja mínima, que haja ausência de periculosidade da ação, que o grau de reprovabilidade do comportamento seja reduzido e que a lesão jurídica seja inexpressiva.

A resposta penal para uma conduta não se baseia somente no valor patrimonial do bem, mas na conduta do réu, levando o operador do direito a promover a valoração do "*iter criminis*" em conexão com a conduta anterior e posterior ao suposto fato típico.

Pelos critérios adotados, ao que parece, pelos requisitos elencados pelo Supremo Tribunal Federal, aferem-se aspectos da culpabilidade, todavia de modo objetivo, já que é pacífico ser, a insignificância, excludente da tipicidade material e não da culpabilidade, ou seja, nas palavras de Rebêlo:

*há, efetivamente, um viés no Princípio da Culpabilidade, que pode ser tido como fundamento da pena e do próprio jus puniendi ou como limite da intervenção punitiva do Estado.* <sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 110.948 MG, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em: 19 dez. 2012.

<sup>14</sup> REBÊLO, J.H.G. *Princípio da Insignificância*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 27.

Enfim, oportuno tratar separadamente de cada um dos critérios adotados pelo Pretório Excelso na verificação da viabilidade de aplicação do princípio da insignificância.

### **Conduta minimamente ofensiva**

O primeiro critério está ligado de forma clara ao agir do indivíduo na busca pela obtenção do resultado sobre o qual recai a reprovabilidade penal. Entretanto, frise-se que não há, ao menos no que diz respeito ao presente critério, qualquer preocupação com a efetiva realização desse resultado. Cuida-se apenas da conduta, ou seja, do ato realmente praticado pelo agente.

A fim de que se dê por preenchido o requisito em análise, é mister que se constate que a conduta levada a efeito pelo agente era de tal forma débil, que contaria com uma ínfima probabilidade de causar uma lesão relevante, ou mesmo de expor a risco considerável, o bem jurídico tutelado pela norma abstratamente considerado.

Aliás, é importante destacar esta última ressalva, uma vez que acaso se busque perquirir acerca da probabilidade concreta de obtenção do resultado, a verificação do critério em comento certamente será confundida com a análise de incidência da regra relativa ao crime impossível pela impropriedade absoluta do meio.

O que se deve verificar a respeito da ofensividade da conduta é se o bem jurídico abstratamente considerado, diante do agir do sujeito, restou colocado em risco considerável ou mesmo se foi lesionado de forma relevante. Não há que se perguntar se os meios empregados pelo autor do fato foram adequados à obtenção do resultado. Há que se questionar se o agir do acusado era capaz de ofender minimamente o valor protegido pelo Direito Penal (patrimônio, por exemplo).

### **Periculosidade social**

Dito requisito se coloca como um critério relativo, haja vista que será verificado do cotejo entre a conduta concretamente praticada e aquilo que se tem por razoavelmente aceitável segundo o entender do homem médio integrante da sociedade. Para que se dê por preenchido o presente requisito é

necessário que diante do agir imputado ao acusado, o julgador perceba que a repercussão social do fato é desprezível.

Aqui é interessante destacar que o Supremo Tribunal Federal, em seus mais recentes julgados, tem indicado que o requisito em questão consiste na “ausência” de periculosidade social da ação, o que, a nosso ver não se mostra, *concessa venia*, o mais adequado. Isso porque a completa ausência de periculosidade poderia ser perfeitamente resolvida no campo da adequação social, afastando-se, portanto, a tipicidade material, em especial porque aquilo que não é socialmente reprovável, por certo pode ser considerado adequado.

Sendo assim, entendemos que para que se tome por atendido o critério em comento, basta que a periculosidade social da ação seja desprezível ou mesmo irrelevante segundo um juízo calcado na proporcionalidade da qual trataremos mais adiante.

### **Reprovabilidade do comportamento**

No tocante ao presente critério, é possível estabelecer um nítido paralelo com a primeira circunstância judicial contida no artigo 59, do Código Penal, qual seja, a culpabilidade. Um critério de dosimetria da pena que, *mutatis mutandis*, deve ser trazido à discussão no momento da verificação da tipicidade material.

Aqui, tal como ocorre por ocasião da análise das circunstâncias judiciais, deve-se analisar se a reprovabilidade da conduta atribuída ao agente se situa em nível inferior àquele ordinariamente considerado para o crime em questão.

Enquanto na dosimetria da pena a existência de fatos comprovados que porventura tornem extraordinária a culpabilidade levam a pena-base a patamar superior ao mínimo legal, na análise da tipicidade material da conduta, a constatação de que o nível de reprovabilidade se situa abaixo do ordinário implicará, acaso verificados os demais requisitos, na exclusão do crime com a aplicação do princípio da insignificância.

### **Lesão jurídica inexpressiva**

Por fim, tem-se o critério que torna evidente a íntima ligação entre a insignificância e o princípio da lesividade. Trata-se, neste requisito, do resultado da ação praticada pelo sujeito.

Para a análise apropriada do critério adotado pelo Supremo Tribunal Federal, é mister que se verifique a extensão do ataque efetivamente sofrido, no caso concreto, pelo bem jurídico tutelado penalmente. Isso porque o Direito Penal, em observância ao princípio da intervenção mínima e atento ao seu caráter fragmentário, não pode ser trazido à ação em face de situações fáticas que, pela sua inexpressiva eficácia danosa, sequer colocam em risco um bem jurídico considerado abstratamente relevante pelo legislador. Um exemplo claro de situação que se enquadra no presente critério diz respeito ao ínfimo valor da coisa subtraída no crime de furto.

Enfim, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu os critérios acima discriminados como sendo aqueles autorizadores da aplicação do princípio da insignificância. Entretanto, o só conhecimento dos contornos de cada um dos quatro critérios não se afigura bastante à sua verificação no caso concreto.

Para tanto é necessário que se lance mão de um juízo valorativo, calcado na proporcionalidade, a fim de que se defina se o agir concreto do sujeito é, de fato, minimamente ofensivo, se a lesão que produziu é inexpressiva, e por aí adiante. Diante disso, revela-se oportuno tratar com mais vagar da proporcionalidade, uma vez que é este o conceito de que se valerá o operador do direito quando da análise da viabilidade do reconhecimento da insignificância.

## **PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE**

A ponderação é um fenômeno valorativo chamado a regular uma situação onde ocorra a colisão entre dois princípios. Nesta linha é o pensamento de Cristóvam; vejamos:

*Na resolução da colisão entre princípios constitucionais devem ser considerados as circunstâncias que cercam o problema prático, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o princípio de maior importância. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual desses interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto.*<sup>15</sup>

Assim, o Magistrado na valoração da tipicidade material verificou presentes os requisitos do Princípio da Insignificância e, de um lado, tem

---

<sup>15</sup> CRISTÓVAM, J.S.D.S. *Colisões entre princípios constitucionais*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 233-234.

garantido o respeito ao Princípio Constitucional da liberdade e ao mesmo tempo pela tipicidade formal e, de outro lado, tem o Princípio do Interesse Público, garantindo o *jus puniendi* do Estado.

Nesta situação, ele deve absolver o réu, aplicando por ponderação o Princípio da Insignificância, como medida mais justa e racional, em que, naquele caso concreto, o princípio da liberdade revela-se mais valioso frente ao interesse público de punir por uma conduta irrelevante para o direito penal, que deve ser tido como "*ultima ratio*".

Todavia, para a verificação da viabilidade de incidência do princípio da insignificância, há que se trazer à discussão o conceito mais abrangente de proporcionalidade, já que o pensamento axiológico na verificação da tipicidade material que resulta no princípio da insignificância é baseado na aplicação da proporcionalidade.

Com a possibilidade de afastamento da tipicidade material por conta da insignificância, percebe-se nítido contraponto entre a liberdade do agente e o *jus puniendi* em razão da violação do bem jurídico penalmente tutelado. Dito contraponto se mostra evidente da análise dos critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal como já mencionado, para a verificação de cada um dos quatro critérios, o operador do direito deverá lançar mão da proporcionalidade como vetor de orientação na busca por uma conclusão adequada ao caso concreto. A proporcionalidade, em casos tais, deve ser considerada em sua dupla face.

O Estado Nacional, nascido junto com a modernidade, passou por diversas etapas de amadurecimento: nasceu absolutista, teve uma adolescência revolucionária liberal, passou à vida adulta com as duas grandes guerras, em que percebeu a necessidade de reavaliar sua escala de prioridades se tornando um Estado Social e, por fim, chegou aos dias de hoje como Estado Democrático de Direito, em que conta com uma constituição não só equalizadora, mas também transformadora da realidade.

Aliás, nota-se, tal como corrente no ambiente acadêmico, que as fases pelas quais o Estado passou até o presente momento, de certa forma, correspondem à tríade de valores que animaram os revolucionários de 1789 (liberdade, igualdade e fraternidade).

O Brasil, mais especificamente, país em que o Estado Social jamais chegou a ser fato consumado, experimentou um período de exceção prolongado, em que a liberdade sofreu severa restrição nas décadas de 60 a 80.

Com o término do regime militar, elaborou-se nova Constituição da República em que, diante das restrições autoritárias do período imediatamente anterior, municiaram o cidadão com uma série de meios servíveis ao resguardo de sua esfera de autonomia em face do Estado. Naquele momento, o Estado era conhecido como o potencial interventor arbitrário na esfera de autonomia do indivíduo, razão pela qual era contra o Estado que deveriam funcionar os mecanismos de defesa do cidadão.

Ocorre que passados quase 30 anos da entrada em vigor da Constituição da República, é possível notar que a Lei Maior possui um caráter transformador da sociedade, caráter este que somente poderá se fazer sentir acaso o Estado assumo o papel de garantidor dos direitos fundamentais, não apenas pela simples abstenção de ataques à liberdade individual, mas também, e principalmente, no resguardo dessa liberdade em face de atores outros que não o próprio Estado. É justamente aí que toma relevância ímpar o Direito Penal, que servirá como uma das várias “ferramentas” aptas a colocar a salvo os bens jurídicos mais caros à sociedade.

Pois bem, inicialmente, a postura que se esperava do Estado era a de abstenção em relação às liberdades individuais. Nessa quadra da história recente, prevalecia a faceta da *proibição do excesso (Übermassverbot)* do princípio da proporcionalidade, ideia primordial do garantismo tradicional negativo.

Com o passar dos anos e arrefecido o temor de regresso à época do autoritarismo, a outra faceta do princípio da proporcionalidade ganhou relevância como forma de concretizar as promessas contidas na Constituição Cidadã. Cuida-se da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*), segundo a qual uma atitude omissiva do Estado em relação ao resguardo dos direitos fundamentais gera uma inconstitucionalidade tão expressiva quanto aquela que decorre de uma intervenção arbitrária, por parte do próprio Estado, na esfera de autonomia do indivíduo.

Assim, é da consideração das duas facetas do princípio da proporcionalidade que se poderá encontrar uma solução adequada ao caso concreto, quando da análise dos critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal para incidência da insignificância. A respeito da incidência constitucional das normas penais, cumpre trazer a baila o entendimento de Maria Luiza Schäfer Streck:

*as normas penais, enquanto restritivas de tais liberdades, só encontrariam legitimação se sua finalidade fosse gerar mais liberdades do que sacrificar – e, nesse caso, o Estado só poderá intervir nas liberdades individuais para fazê-la compatível com o exercício das liberdades alheias e como forma de buscar os objetivos sociais que ele julgue valiosos.*<sup>16</sup>

Deve-se colocar em cotejo, de um lado a proibição de excesso, consistente na intervenção desnecessária do Estado, e de outro a proibição de proteção deficiente, referente ao dever de resguardo do bem jurídico penalmente tutelado.

A insignificância somente será admitida quando a penalização da conduta mostrar-se desnecessária, bem como quando o bem jurídico penalmente tutelado (muitas vezes um direito fundamental como é o caso da vida, propriedade, integridade física, honra, etc.) não seja deixado desprotegido. Eis aí os vetores hermenêuticos de que deve dispor o operador do direito, na verificação da ofensividade da conduta, da periculosidade social da ação, do grau de reprovabilidade do comportamento e da expressividade da lesão jurídica.

## **CONCLUSÃO**

O novo pensamento neopositivista está firmando raízes no Estado Democrático de Direito brasileiro e não há como negar a necessidade imperiosa de se adotar um modelo sistemático jurídico que agregue a força normativa das regras e a força normativa dos princípios, em decorrência de sua aplicação singular em cada caso concreto, para dar uma justa resposta aos casos conflitantes.

---

<sup>16</sup> STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição: A Face Oculta da Proteção dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 69.



É neste pensamento que o Princípio da Insignificância encontra seu embasamento normativo para regular aquelas situações em que o Direito Penal não deve ser invocado em razão da irrelevância do fato. E aqui segue a primeira conclusão, a de que a irrelevância é do fato como um todo e não apenas em função do valor do bem lesionado.

Assim, a análise da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância recai na valoração da tipicidade material, ou seja, na verificação dos efeitos concretos da conduta do agente no mundo real, verificando o intérprete se a conduta foi minimamente ofensiva, se houve periculosidade social da ação, se presente um reduzido grau de reprovabilidade da conduta e, por fim, se a lesão jurídica foi inexpressiva.

Feita esta valoração, com aplicação do postulado da proporcionalidade e presentes os requisitos autorizadores do reconhecimento do princípio da insignificância a ponderação recai entre este Princípio e o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Neste juízo não há dúvida de que, neste caso, deve prevalecer a Liberdade do sujeito, que depois da vida é seu bem mais valioso.

Por fim, deve ficar claro aos operadores do direito que, embora ocorra análise de aspectos da culpabilidade na verificação da tipicidade material, a natureza jurídica do Princípio da insignificância é de excludente da tipicidade.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. Vol.1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Código Penal Militar* de 21 de outubro de 1969. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm) Acesso em: 01 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 110.948 MG, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em <http://http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em: 19 dez. 2012.

CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CRISTÓVAM, J.S.D.S. *Colisões entre princípios constitucionais*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006. (reimpressão 2010)

FRAGOSO, H.C. *Lições de Direito Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NORONHA, E.M. *Direito Penal*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

REBÊLO, J.H.G. *Princípio da Insignificância*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

STRECK, L.L. *Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.

STRECK, M. L. S. *Direito Penal e Constituição: A Face Oculta da Proteção dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, J. *Teoria do Injusto*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WARAT, L. A. apud ROCHA, L. *O Direito e Sua Linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Safe, 1984.