

O que Há de Significativo na Insignificância?

Marco Antonio Santos Reis*

Resumo

No presente trabalho o chamado princípio da insignificância será investigado sob quatro perspectivas: origem, conceito, fundamento e consequências jurídicas. O estudo critica a compreensão e a aplicação da insignificância no direito brasileiro. De acordo com nossa opinião, a insignificância não é em si mesma um princípio, mas um resultado negativo da aplicação do critério da proporcionalidade no âmbito do princípio da lesividade.

ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegende Arbeit wird das sogenannte Geringfügigkeitsprinzip unter vier Perspektiven untersucht: (i) die Herkunft; (ii) die Grundlage; (iii) der Begriff (iv) und die rechtlichen Folgen. Die Studie kritisiert das Verständnis und die Anwendung des Geringfügigkeitsgrundsatzes in der brasilianischen Rechtsprechung. Unserer Meinung nach ist die Geringfügigkeit an sich kein Prinzip, sondern ein negatives Ergebnis der Anwendung des Verhältnismäßigkeitskriterium in Rahmen des Schädlichkeitsprinzipes.

1. Introdução e Plano de Investigação

O chamado princípio da insignificância (*Geringfügigkeitsprinzip*) desde a sua introdução no debate jurídico-penal brasileiro tem gerado controvérsias ainda distantes de serem completamente compreendidas e solucionadas, não obstante o sem-número de trabalhos escritos a respeito.

No que concerne ao roteiro deste escrito, eis a ordem de apresentação de ideias acerca da insignificância: (i) conceito, natureza e fundamento; (ii) o modo como é compreendido pela jurisprudência e doutrina brasileiras; (iii) os problemas da perspectiva acolhida em (ii); (iv) a exposição do próprio entendimento e conclusões.

Consoante o presente artigo, o chamado princípio da insignificância não possui existência autônoma, senão derivada. Em rigor conceitual, tampouco tem

* Escrito por Marco Antonio Santos Reis. Promotor de Justiça Substituto do MPRJ. Mestre em Direito pela UERJ. Ex-Professor de Direito Penal da UFRJ-FND. Ex-Professor da Emerj.

a natureza de princípio jurídico-penal¹². Dito de modo sintético: a insignificância é um *resultado negativo da concretização do princípio da lesividade, o qual se atualiza por meio da operacionalização do critério da proporcionalidade*³, mais especificamente, mediante o subcritério da necessidade.

As premissas orientadoras da aplicação do princípio da lesividade e da constatação ou não da insignificância decorrem das finalidades do direito criminal, a saber: (i) a necessidade de afirmação, fortalecimento e manutenção da crença ou consciência da essencialidade dos valores inerentes e derivados da pessoa humana e da ordem jurídica, esta enquanto conjunto de pressupostos para a salvaguarda daquela; (ii) limitar e esclarecer as esferas do proibido e do permitido; (iii) a atribuição de responsabilidade pelo desrespeito ao valor da pessoa humana manifestado na conduta criminosa.

2. Insignificância e sua Natureza Jurídica

O chamado princípio da insignificância ingressou na literatura jurídico-penal por meio de um trabalho de Claus Roxin, na década de sessenta, no qual o autor salienta o seguinte:

c) O princípio da insignificância. O antigo princípio "*mínima non curat praetor*" aplica-se ao constrangimento ilegal em medida especial. Intervenções forçadas sem duração e sem consequências dignas de nota não são socialmente lesivas em sentido material. Quem, por exemplo, por brincadeira deixa a porta bater no nariz de outrem, age formalmente de modo não permitido. Uma vez que a afetação não tem um peso sério, deve-se negar uma perturbação, aqui, a uma convivência ordenada, de modo que um constrangimento punível

¹ Por princípio o trabalho entende o conjunto de premissas ou pontos de partida que além de serem fundamentos do Direito, orientam a aplicação das normas jurídicas. Assim, por exemplo, a legalidade é um princípio, pois uma norma jurídica só pode ser aplicada se prevista no ordenamento. A legalidade é um princípio jurídico geral, e não só do Direito Penal. O princípio da lesividade, por seu turno, é um princípio específico (mas não exclusivo) do Direito Criminal, uma vez que uma norma jurídico-penal incriminadora só pode existir e ser aplicada se encerrar alguma lesão ou risco relevante de lesão a um determinado bem jurídico, que materializa um determinado valor essencial à convivência social. A intervenção mínima é outro princípio específico do Direito Penal, pois a norma jurídico-penal incriminadora só pode existir para os casos mais graves de vulneração ou de risco de vulneração de certos bens jurídicos mais relevantes.

² A insignificância não é um princípio, porque não passa de um resultado da aplicação do princípio da lesividade. Dizer que uma norma jurídico-penal não pode se justificar frente a condutas cuja ofensividade é irrisória ou inexistente é apenas uma forma parcial, fragmentária e negativa de expressar o princípio da lesividade.

³ A proporcionalidade não é princípio, porque não tendo conteúdo material, senão formal, não pode ser premissa de nada. A proporcionalidade não é um postulado porque não é uma premissa autoevidente, indiscutível. A proporcionalidade é um critério utilizado no Direito para aferir quando uma determinada medida é ou não proporcional. Critério é o sinal por meio do qual se distingue uma coisa de outra. O critério da proporcionalidade é o sinal por meio do qual se distingue medidas proporcionais de desproporcionais, sendo proporcional no direito, a propriedade da medida que é idônea a atingir um fim; necessária ao atingimento deste e que, afinal, não implica ofensa a direito fundamental.

é de ser excluído. Nomeadamente no caso de impactos superficiais no tráfego, o princípio desempenha papel significativo. No caso da ameaça este princípio já se apresenta no elemento legal exigido da sensibilidade do mal prometido.⁴

Uma leitura compreensiva do exposto acima demonstra que o princípio da insignificância funciona para o autor como um princípio interpretativo geral e que, inclusive, pode ser aplicado a crimes praticados com grave ameaça, conforme o próprio Roxin salienta no trecho acima em relação aos crimes de ameaça (*Drohung*) e de constrangimento ilegal (*Nötigung*)⁵.

De forma escancarada o próprio Claus Roxin em seu manual:

A resposta correta resulta de uma interpretação restritiva, orientada à proteção de bens jurídicos... Ademais, só uma interpretação estritamente referida ao bem jurídico e que atenda ao respectivo tipo (classe) de injusto deixa claro por que uma parte das insignificâncias é atípica e, a rigor, está excluída pelo próprio teor legal, porém, por outra parte, como, por exemplo os furtos de bagatela, preenchem, sem dúvida, o tipo: a propriedade e a posse também são vulneradas pelo furto de objetos insignificantes, enquanto em outros casos o bem jurídico só será atingido com uma certa intensidade de contato⁶ (tradução e grifo nosso).

⁴ ROXIN, Claus. *Verpflichtigkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht. In: Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Walter de Gruyter, 1972, p. 193. Trecho no original: "c) Der Geringfügigkeitsprinzip. Der alte Grundsatz 'minima non curat praetor' gilt bei der Nötigung in besonderem Maße. Zwangseinflüsse ohne Dauer und nennenswerte Folgen sind nicht im materiellen Sinne sozial-schädlich. Wer z.B. einem anderen aus Schabernack einen Augenblick lang die Tür vor der Nase zuhält, handelt formal unzulässig. Da die Beeinträchtigung aber ernstlich nicht ins Gewicht fällt, muß man hier eine Störung des geordneten Zusammenlebens verneinen, so daß eine bedeutsame Rolle. Im Falle der Drohung ist dieser Prinzip schon im gesetzlich geforderten Merkmal der "Empfindlichkeit" des Übels enthalten".

⁵ No Brasil, compreendendo com maior clareza a lição do Roxin, cite-se Felinto Martins Filho no seguinte trecho: "Assim, se bem compreendido como critério de valoração de elementos do tipo, tal como proposto por Roxin, seu formulador, o princípio da insignificância pode e deve ser aplicado em delitos que contenham as elementares de grave ameaça, tal como no roubo. Note-se que o decisivo, no julgado, foi a ausência de temor das vítimas, pois a conduta não chega a intimidar, sendo, portando insignificante a ameaça: por consequência, inexistente o crime de roubo". Cf. FILHO, Felinto Martins. *Aplicabilidade do princípio de insignificância nos delitos de roubo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30648/aplicabilidade-do-principio-da-insignificancia-nos-delitos-de-roubo#ixzz3aRnbh72s>>.

⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Auflage. München: CHBeck, 2006, p. 299*. Trecho original traduzido: "Die richtige Lösung ergibt sich also jeweils durch eine am geschützten Rechtsgut orientierte, einschränkende Interpretation ... Auch macht nur eine streng rechtsgutsbezogene, auf den jeweiligen Unrechtstyp abstellende Auslegung deutlich, warum Geringfügigkeiten teils tatbestandlos sind und oft schon durch den Gesetzeswortlaut ausgeschieden werden, zum Teil aber auch, wie etwa Bagatelldiebstähle, den Tatbestand zweifelsfrei erfüllen: Eigentum und Gewahrsam werden auch durch den Diebstahl geringfügiger Gegenstände schon verletzt, während in anderen Fällen das Rechtsgut erst bei einer gewissen Intensität der Berührung beeinträchtigt wird.

A origem da chamada insignificância, porém, conforme pontua a doutrina, por vezes se funda em uma interpretação teleológica do tipo, como quer Roxin; ora na ideia de adequação social.

Nas palavras de Saal⁷, resta absolutamente claro que:

O princípio da insignificância deve ser estabelecido apenas como *regra geral de interpretação* do nível do tipo (...) No entanto é questionável como esta exclusão do tipo deve ser classificada juridicamente. Para alguns, poderia se tratar de um caso de aplicação da teoria da adequação social; para outros, trata-se de um subcaso de uma redução teleológica.

A adequação social (*soziale Adäquanz*) é, assim, na lição de Welzel uma espécie de pressuposto implícito ou assumido do estado normal da liberdade social. Ela “não é de maneira alguma necessariamente um comportamento socialmente exemplar, mas um comportamento que integra a liberdade social de ação”⁸.

A despeito da vagueza de conteúdo, reconhecida pelo próprio Welzel⁹ e de seu esvaziamento na doutrina¹⁰, a adequação social, e embora não seja defendida nesta sede como fundamento da ideia de insignificância, demonstra algum acerto, pois o que é ou não insignificante, em alguma medida, decorre dos cânones socialmente predominantes em dada comunidade.

Estes cânones, contudo, devem decorrer dos valores incorporados pela ordem jurídica, valores estes indissociáveis do valor maior da pessoa humana. Tal ponto, porém, será tratado de maneira mais detida em apartado ulterior.

⁷ SAAL, Martin. *Das Vortäuschen einer Straftat (§145 StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikt*. Berlin: Duncker und Humblot, 1996, p. 122. Trecho no original: “Damit ist deutlich geworden, dass das Geringfügigkeitsprinzip als allgemeine Auslegungsregelung allein der Ebene des Tatbestands anzusiedeln ist.(...) Fraglich ist allerdings nunmehr, wie dieser Tatbestandsausschluss rechtlich einzuordnen ist. Zum einen könnte es sich hierbei um einen Anwendungsfall der Lehre von der sozialen Adäquanz, zum anderen um einen Unterfall teleologischer Reduktion Handeln”.

⁸ WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11ª ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1969, p. 56-57. Trecho traduzido: “Sozialadäquates Verhalten ist keineswegs notwendig ein sozialvorbildliches Verhalten, sondern ein Verhalten im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit.”

⁹ *Ibidem*, p. 56: “Dieser Rahmen ist nicht immer leicht und nicht schlagwortartig zu bestimmen” (Tradução nossa: Este âmbito nem sempre é fácil de se determinar e não se apresenta como um ‘slogan’).

¹⁰ É de se salientar que o próprio Welzel mudou de ideia algumas vezes quanto à natureza jurídica da ideia de adequação social, ora posicionando-a no tipo, ora na antijuridicidade e, por fim, como princípio geral de interpretação: “A adequação social é um princípio geral de interpretação, cujo significado não se limita de modo algum ao direito penal, mas engloba a ordem jurídica inteira” (tradução do autor). Trecho traduzido: “Die soziale Adäquanz ist ein allgemeines Auslegungsprinzip, dessen Bedeutung sich keineswegs auf das Strafrecht beschränkt, sondern die ganze Rechtsordnung erfasst”. *Ibidem*, p. 58. Como salienta a doutrina de Eser: “Na vantagem acima destacada repousa, contudo, ao mesmo tempo, a maior fraqueza da teoria da adequação social: sua indeterminação e borrosidade conceitual”. In: ESER, Albin. *Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen*. In: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*. Verlag Walter de Gruyter, Berlin/New York 2001, p. 199-212. Trecho traduzido: “In dem vorgenannten Vorteil wird jedoch zugleich die größte Schwäche der Lehre von der Sozialadäquanz gesehen: ihre Unbestimmtheit und begriffliche Unschärfe”.

Por ora, basta dizer que a insignificância não é princípio interpretativo geral, pois tampouco é princípio, mas, como já dito, mero produto, resultado da concretização do princípio da lesividade mediante o critério de proporcionalidade.

Por outro lado, a insignificância não é um subcaso da adequação social porque aquilo que é reputado adequado socialmente só é assim apreciado após uma ponderação entre o que acontece e o que é considerado normal dentro de uma sociedade. A insignificância é, assim, o resultado de um exame de necessidade da incidência de uma dada norma jurídico-penal. Ela está no fim da cadeia de operações e não no princípio, no início. É um ponto de chegada e não de partida. Ademais, a adequação social, nos moldes aduzidos por Welzel não traz consigo os critérios e premissas que permitem esse exame.

Conforme já dito, a insignificância é a resultante (negativa) da aplicação concreta do princípio da lesividade. Deriva da lesividade porque a insignificância se dimensiona na análise do potencial de ofensa de uma conduta em relação não só ao bem jurídico, mas, sobretudo ao valor que o informa, bem como quanto ao potencial de ofensa à ordem jurídica.

O critério da proporcionalidade tem sua dimensão de aplicabilidade no bojo de uma relação entre meio e fim. O exame de proporcionalidade aplica-se, destarte, na hipótese de “uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade”¹¹. A proporcionalidade, enquanto critério, é o sinal decisivo de que uma determinada medida é adequada à realização de um fim; necessária à realização deste fim e que a realização deste não compromete nenhum direito constitucionalmente estabelecido.

A proporcionalidade enquanto critério é algo neutro. Prescinde da determinação das premissas ou finalidades em questão. Neste sentido, a caracterização da lesividade é uma condição necessária à incidência ou não de normas penais incriminadoras e há de respeitar as finalidades atribuídas ao Direito Penal, conforme salientado na introdução, a saber: a afirmação e manutenção da crença ou consciência da essencialidade dos valores abrigados pela ordem jurídica e que remontam ao valor da pessoa humana em uma concepção não meramente individualista ou egocêntrica, mas *individual-coletiva*¹².

A aplicação do critério da proporcionalidade, quando inserido no contexto do princípio jurídico-penal da lesividade, abrange as seguintes etapas em forma de indagações:

a. A incidência de norma penal incriminadora ‘p’ sobre a conduta ‘x’ é meio eficaz ou idôneo a fomentar ou fortalecer o valor da pessoa humana e a crença/consciência da essencialidade do valor ‘y’ que fundamenta o bem jurídico-penal ‘z’?

b. A incidência de norma penal incriminadora ‘p’ sobre a conduta ‘x’ é necessária/o meio menos restritivo para garantir a manutenção da crença/consciência da essencialidade do valor ‘y’ que fundamenta o bem jurídico ‘z’?

¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.205,206. Um alerta: não concorda e tampouco adota a definição de Ávila quanto à natureza de postulado da proporcionalidade.

¹² Vide nota de rodapé nº 50.

A insignificância é, justamente, o resultado negativo para este segundo questionamento, donde resta claro que a conduta em apreço é não apenas não lesiva, mas prescindível da intervenção jurídico-penal.

A resposta negativa a este segundo questionamento depende, porém, de respostas negativas a outras perguntas, a saber: a) qual foram o grau e extensão da afetação do bem jurídico em questão (desvalor do resultado); b) qual foram o grau e extensão da ofensividade (potencial de lesão ou idoneidade) da conduta em si em relação ao bem jurídico (desvalor da conduta); c) se a conduta representa uma afetação relevante do valor da pessoa; d) se a conduta representa uma afetação significativa para a crença/consciência da essencialidade e manutenção dos valores da ordem jurídica (avaliar, entre outras coisas, o efeito cumulativo com o risco de reiteração da conduta caso esta seja reputada insignificante). A resposta positiva a quaisquer dessas indagações já torna a conduta significativa de algum modo para a ordem jurídico-penal.

3. Os Pontos Cegos do Atual Entendimento e Aplicação do Princípio da Insignificância no Brasil

A título de síntese, três são os pontos cegos acerca da compreensão e aplicação do princípio no Brasil: (i) o problema da importação irrefletida do instituto; (ii) o problema da inexactidão conceitual e dos parâmetros de incidência; (iii) o problema das consequências desta aplicação irrefletida.

3.1.1 O Problema da Inexactidão Conceitual

3.1.1.1 A Chamada Infração Bagatelar Própria e Imprópria

A idealização dos conceitos acima se deve a FLÁVIO GOMES. Segundo o próprio autor¹³:

Infração bagatelar imprópria é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há relevante desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato). Sintetizando: o princípio da insignificância está para a infração bagatelar própria assim como o da irrelevância penal do fato está para a infração bagatelar imprópria. Cada princípio tem seu específico âmbito de incidência.

¹³ <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=200602070940139>.

O fundamento da desnecessidade da pena (leia-se: da sua dispensa) reside em múltiplos fatores: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc. Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer (todos) conjugadamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor.

O princípio da irrelevância penal do fato tem como pressuposto a não existência de uma infração bagatelar própria (porque nesse caso teria incidência o princípio da insignificância). Mas se o caso era de insignificância própria e o juiz não a reconheceu, nada impede que incida o princípio da irrelevância penal do fato. Há, na infração bagatelar imprópria, um relevante desvalor da ação assim como do resultado. O fato praticado é, por isso, penalmente punível. Instaura-se processo contra o agente. Mas tendo em vista todas as circunstâncias do fato (concomitantes e posteriores ao delito) assim como o seu autor, pode ser que a pena se torne desnecessária.

Em outras palavras: as circunstâncias do fato assim como as condições pessoais do agente podem induzir ao reconhecimento de uma infração bagatelar imprópria cometida por um autor merecedor do reconhecimento da desnecessidade da pena. Reunidos vários requisitos favoráveis, não há como deixar de aplicar o princípio da irrelevância penal do fato (dispensando-se a pena, tal como se faz no perdão judicial). O fundamento jurídico para isso reside no art. 59 do CP (visto que o juiz, no momento da aplicação da pena, deve aferir sua suficiência e, antes de tudo, sua necessidade).

Existem alguns problemas no delineamento acima. O *primeiro* deles é que soa absolutamente artificial e mesmo estranho dizer que o chamado princípio da *irrelevância penal do fato* se liga à infração bagatelar imprópria, na qual, segundo o próprio autor, existe um desvalor da ação (*Handlungsunwert*) e um desvalor do resultado (*Erfolgsunwert*). Ora, se se afirmam desvalores da ação e do resultado, então por qual razão se diz que tal estado de coisas está ligado a algo chamado de princípio da irrelevância penal do fato? Se há desvalor da conduta e do resultado, então é óbvio que o fato é, sim, penalmente relevante!

Se conforme esclarece JESCHECK, “o desvalor do resultado repousa na lesão ou colocação em perigo do objeto de ação protegido”, enquanto o desvalor da ação “no tipo e maneira de sua perpetração”¹⁴, então o injusto está caracterizado! O fato em si corresponde justamente ao injusto, classicamente formado pela junção do desvalor da conduta e do resultado. Ao estipular as expressões “infração bagatelar imprópria” como algo decorrente de um suposto princípio da irrelevância penal do fato, Flávio Gomes erra duas vezes: a) primeiro porque se tais ideias estão ligadas a uma ideia de desnecessidade de pena, seja por considerações político-criminais, seja

¹⁴ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts. Fünfte Auflage*. Berlin: Duncker & Humblot, p. 240. No original: “In der Verletzung oder Gefährdung des geschützten Handlungsobjekts liegt der Erfolgsunwert der Tat, in der Art und Weise ihrer Begehung der Handlungsunwert”

por considerações afetas à culpabilidade, então a expressão “irrelevância penal do fato” soa rigorosamente ilógica, pois o fato praticado continua relevante. Apenas o seu autor, supostamente, não precisa ser apenado; em segundo lugar porque insere uma nomenclatura absolutamente dispensável, possibilitando a confusão entre insignificância e bagatela com questões atinentes à necessidade de aplicação de pena, conceito este, conforme veremos, já existente na obra de ROXIN.

O *segundo problema* é o seguinte: a leitura do art. 59¹⁵ não é adequada. O disposto no art. 59 do diploma penal não estatui que o juiz possa deixar de aplicar uma determinada sanção penal em função de critérios informadores de uma suposta desnecessidade de pena. O que está exposto no referido dispositivo é o seguinte: o juiz deverá avaliar as chamadas circunstâncias judiciais e, com base nestes elementos, irá fixar as penas aplicáveis, entre as cominadas, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Noutros termos: (i) em primeiro lugar, o dispositivo não diz que o juiz pode deixar de aplicar a pena com base nas circunstâncias judiciais; (ii) em segundo lugar, o dispositivo diz, sim, que o juiz deverá aplicar alguma pena, dentro dos limites cominados; (iii) em terceiro lugar, a necessidade e suficiência não se ligam à desnecessidade de pena, mas à reprovação e prevenção do crime; (iv) em quarto lugar, sempre que por razões de política-criminal o legislador permite ao juiz a não aplicação de pena, este o faz de modo explícito por meio da hipótese do perdão judicial. Em particular, não existe esta hipótese, por exemplo, no caso de furtos de bagatela, o que reforça a inadequação do construto teórico; (v) os demais incisos do artigo pressupõem de uma forma ou de outra a existência de pena aplicada!

A quantidade da pena aplicável será avaliada à luz das circunstâncias judiciais e do juízo de necessidade para a reprovação e prevenção. Também respeitando este raciocínio será determinado o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição da pena privativa de liberdade por outra. Ou seja, pressupõe-se a aplicação de pena! Portanto, com base em qual premissa legal o autor infere do dispositivo o fundamento para a chamada desnecessidade de pena?

É de se ressaltar, ainda, que a ideia de desnecessidade de pena não é uma criação brasileira, mas consta da obra de ROXIN. Segundo este autor, a culpabilidade (*Schuld*) e a necessidade preventiva de punição jurídico-penal (*präventive Notwendigkeit strafrechtlicher Ahndung*) são pressupostos de uma categoria maior da responsabilidade (*Verantwortlichkeit*).

A construção teórica objeto de crítica neste apartado não atende às necessidades de uma dogmática capaz de prover segurança jurídica, objetividade e clareza no domínio dos critérios de incidência da insignificância. *Primeiro* porque

¹⁵ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis entre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

quando menciona a chamada infração bagatelar própria, simplesmente dá um outro nome (mais complicado e, por isso dispensável) ao chamado princípio da insignificância. Em *segundo lugar* porque também demonstra desconhecer o conteúdo do princípio da insignificância tal como foi concebido originalmente. Em *terceiro lugar*, porque, conforme visto, a ideia de infração bagatelar imprópria é não só confusa, como a chamada desnecessidade de pena já é uma construção teórica previamente definida por ROXIN. A formulação de FLÁVIO GOMES, a despeito de merecer respeito, não agrega nenhum valor ao já desenvolvido por ROXIN e, ademais, permite confusões ao estudante incauto¹⁶.

3.1.2 O Problema da Inexatidão dos Parâmetros ou Critérios de Aplicação

Segundo o Supremo Tribunal Federal¹⁷, os critérios para a aplicação do princípio da insignificância são: a) o valor econômico do bem ofendido; b) a mínima ofensividade da conduta do agente; c) a não periculosidade social da ação; d) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e e) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Tais critérios¹⁸, posto citados em todo o caso em que se cogita da insignificância, são extremamente vagos e questionáveis pelas razões a seguir aduzidas.

O parâmetro do *pequeno ou irrisório valor econômico* do bem é insuficiente para responder a uma série de questionamentos. Isto porque, em *primeiro lugar*, parece restringir a aplicação do princípio da insignificância, tal como delineado por Roxin, apenas para crimes patrimoniais, hipóteses estas que, consoante se depreende dos escritos deste autor, não necessariamente são campo exclusivo de aplicação do princípio, uma vez que o próprio consagrado penalista salienta que *furtos de pequeno valor não são insignificantes*.

Em *segundo lugar*, o critério, ao cingir-se ao valor econômico do bem em si, ignora que um bem pode ter um valor econômico pequeno (como uma bicicleta velha, avaliada em não mais que R\$ 30,00, por exemplo) e, apesar disto, representar um valor pessoal deveras importante para o titular. Basta pensar que a bicicleta velha do exemplo pode ser o único meio de locomoção que um determinado indivíduo tem para entregar alguma mercadoria, atividade esta da qual retira o próprio sustento. A privação da bicicleta velha representa, assim, um prejuízo considerável para esta pessoa em particular.

¹⁶ Crítica importante à formulação teórica da irrelevância penal do fato é apresentada também por Felipe Vianna, para quem também se trata de classificação desnecessária e de mera duplicação da insignificância. V. VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. In: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, vol.14 (jan-dez.2013). *Princípio da irrelevância penal do fato, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna*, p. 214 *et seq.*

¹⁷ STF HC 84.687/MS – Mato Grosso do Sul. *HABEAS CORPUS*. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/10/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 27-10-2006 PP-00063.

¹⁸ Tais critérios são quase na totalidade repetidos no Projeto de Novo Código Penal (Projeto Sarney). O parágrafo 1º do art. 28 assim dispõe: §1º Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; c) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Em *terceiro lugar*, existem bens cujo valor econômico é praticamente nulo, mas que possuem um valor sentimental e existencial insubstituíveis. Por exemplo, um velho e surrado caderninho com receitas que uma mulher guarda como única recordação de sua mãe ou avó, ou a camisa desbotada de um time de futebol, camisa esta usada em um grande título e que traz grandes alegrias e recordações ao seu dono. Bens de valor sentimental inestimável que, possivelmente, muitos dos proprietários sequer venderiam, ainda que se lhes fosse oferecido um valor altíssimo.

Existe um limite para a insignificância, como, por exemplo, o valor do salário mínimo ou outra quantia arbitrariamente estipulada conforme a renda média do brasileiro? Por outro lado, este valor econômico deve ser tomado em consideração sob a perspectiva do prejuízo da vítima? Quais as consequências da consagração deste critério para a aplicação da insignificância?

Em *quarto lugar*, ainda que se aceite a determinação arbitrária de um patamar mínimo, tampouco os Tribunais chegaram a um consenso sobre qual deveria ser este valor. Definitivamente, não existe qualquer segurança na aplicação de um princípio que, para alguns casos, permite a exclusão da tipicidade para valores abaixo de R\$ 20.000,00 (vinte e mil reais)¹⁹ e, noutros casos, estabelece arbitrariamente percentuais do salário mínimo²⁰ vigente como limite.

Logo de início, é extremamente difícil estipular um valor que seja razoavelmente justo tendo em vista a condição financeira da vítima. Também não parece uma boa opção vincular o valor econômico do bem ofendido às condições financeiras daquela. Caso assim seja, haveria uma discriminação: aqueles com melhor situação financeira estariam seriamente vulnerados, pois a regra consistiria em algo como: quanto mais se tem, menos significante é a subtração.

Por fim, os bens não possuem apenas valor econômico, mas também sentimental e, nesses casos, a séria possibilidade de não recuperação de um objeto simbolicamente tão relevante já seria o suficiente para afastar a irrelevância do fato. Mais do que isto, admitir que não há nada de significativo em subtrair bens de baixo valor se o titular destes tiver um grande poder econômico não parece correto ou mesmo isonômico. É quase como justificar a insignificância por meio de uma visão pós-moderna de Robin Hood.

Já a chamada mínima ofensividade da conduta do agente também se afigura critério duvidoso. A primeira dúvida é a seguinte: a mínima ofensividade é da conduta em si, sob o prisma de um julgamento moral ou exclusivamente de um desvalor da ação, ou da conduta em um sentido mais abrangente, isto é, em relação ao bem jurídico. A Suprema Corte parece querer apontar no sentido do isolado desvalor da ação, já que há outro critério que se concentra na inexpressividade da lesão jurídica, o qual também não é muito claro. O grande problema em se considerar como uma das

¹⁹ Vide julgamentos do STF: AgRg no AgRg no REsp 1447254/SP; HC 123861/PR.

²⁰ Veja-se julgamento do STJ contido no Informativo nº 516, no qual se recomenda a aplicação da insignificância na hipótese de furto de bem em valor aproximado a 23% do salário mínimo.

condições necessárias à verificação da mínima ofensividade da conduta, compreendida como um desvalor da ação, é que, a rigor, nenhuma dessas ações é irrelevante. O furto de uma resma de papel da repartição pública ou o furto de cinquenta reais em produtos de um supermercado são ações igualmente desvalorados e formalmente idênticos quanto à violação do preceito primário da norma.

E o que dizer do critério da periculosidade social da ação? Em primeiro lugar, a noção de periculosidade social está ligada à aplicação de medidas de segurança, justamente, para aqueles que não são capazes de culpabilidade, o que não guarda absolutamente relação com o tema aqui discutido.

Parece razoável entender tal periculosidade apenas como o risco de reiteração da conduta, seja por parte do próprio agente, seja por parte de outros com base no risco de imitação do comportamento não devidamente sancionado. De fato, o efeito prático de se absolver por atipicidade material a conduta de um sujeito que subtraía, por exemplo, cinquenta reais em espécie ou em produtos, daria azo a condutas similares, gerando um efeito cumulativo potencialmente devastador.

O argumento de que na realidade quotidiana este efeito cumulativo decorrente da imitação não se confirmaria é fraco: primeiro porque as ocorrências registradas mês a mês pela Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, ao menos, parece indicar que o número de furtos não tem diminuído. Ao revés, num cenário (ainda) de proibição, continua em níveis altíssimos²¹.

Em segundo lugar, a mera possibilidade deste efeito cumulativo²² dada pelo consenso da jurisprudência e doutrina, por hipótese, de que a subtração dos trinta reais acima mencionados seja atípica, por si só, já cria *um estado de coisas aberrante*, pois premia a figura do chamado *free rider*, bem como cria distorções sociais importantes: uma situação de absoluta insegurança a comerciantes, em particular, ou a quem quer que seja, já que se furtar trinta reais não tem significado penal algum, quaisquer pessoas podem entrar em um estabelecimento e retirar para o próprio deleite mercadorias neste valor.

Mais do que isto: se a conduta é atípica, nem mesmo a segurança do estabelecimento ou policiais poderão impedir a conduta a título de legítima defesa do patrimônio, já que, de acordo com esta visão, em primeiro lugar não há qualquer violação digna de nota ao bem jurídico patrimônio.

Em última análise, o ordenamento jurídico deve ser compreendido não apenas formalmente, mas como a pedra angular da dignidade humana enquanto valor. A

²¹ <<http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=108>>. A título ilustrativo, os números totais de furtos no Estado do Rio de Janeiro, mês a mês, em 2015: jan – 16.354; fev – 17.304; mar – 15.722; abr – 14.144; mai – 14834; jun – 14.269; jul – 14.274; ago – 14144; set – 15470. Já em 2014, uma realidade não muito diversa: jan – 17.262; fev – 15.856; mar – 18.004; abr – 14.402; mai – 14231; jun – 15061; jul – 16.352; ago – 13681; set – 13.982. Uma média aproximada de 15 mil furtos por mês significa 500 furtos por dia, sem considerar a cifra oculta.

²² Sobre isto, em apartado ulterior o escrito trabalhará a necessidade de se inserir como critério à caracterização da insignificância de uma conduta a ideia do risco de reiteração ou imitação e os efeitos coletivos disto à luz da prevenção geral positiva.

dignidade e livre disposição dos bens jurídicos de um indivíduo isolado só existe na medida em que o exercício não lesivo e salutar da liberdade dos demais indivíduos também é garantido. É esta sintonia fina entre o exercício simultâneo e conjunto de liberdades que a ordem jurídica pretende organizar e garantir. Naturalmente, esta garantia se baseia em valores, os quais restam completamente vulnerados se admitirmos que um furto, ainda que pequeno o prejuízo, seja simplesmente considerado atípico.

O quarto critério, o do reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta, é claramente um equívoco, *um erro categorial em relação à premissa utilizada pelos tribunais de que a insignificância é causa de exclusão da tipicidade material*. A reprovação integra o conceito de culpabilidade, e não o de tipicidade material. No que diz respeito à culpabilidade, esta encerra o grau de reprovação jurídica incidente sobre a conduta típica e antijurídica realizada. Trata-se de circunstância que exige inolvidável individualização e apreciação concreta do caso. Consoante salienta Welzel:

A essência da culpabilidade pode ser mais precisamente identificada pela não tão bela palavra “censurabilidade”. (...) Assim surge uma ambiguidade confusa no conceito de Culpabilidade. Em sentido estrito a culpabilidade é apenas a censurabilidade, ou seja, a propriedade de desvalor na vontade de agir; em sentido lato a culpabilidade designa também a vontade de agir mesma em conjunto com a propriedade do desvalor como um todo: a vontade culpável (ou a ação culpável)²³.

Em quinto lugar, a chamada inexpressividade da lesão jurídica soa como mais um critério vago, confuso, ou mero *flatus vocis*. Se o objetivo era enunciar lesão jurídica como lesão ao bem jurídico, não era necessário nem mesmo enunciá-lo, pois a inexpressiva lesão ao bem já integra a ideia de insignificância em si. Se a lesão jurídica se refere ao ordenamento, de modo algum um furto de objeto de pequeno valor, por exemplo, pode ser considerado insignificante, já que formalmente ele viola o ordenamento, indiscutivelmente, com previsão no art. 155, parágrafo 2º do Código Penal.

4. Próprio Entendimento

A compreensão do princípio da insignificância, sua natureza, abrangência e incidência prescinde de algum comentário acerca de aspectos relevantes inerentes à

²³ WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. 3. Auflage. Berlin: De Gruyter, 1954, p. 102-103. Trecho traduzido do original: “Das Wesen der Schuld lässt sich am treffendsten durch das sprachlich nicht sehr schöne Wort Vorwerfbarkeit kennzeichnen. Dadurch kommt eine verwirrende Doppeldeutigkeit in dem Begriff der Schuld. Im strengen Sinne ist Schuld nur die Vorwerfbarkeit, also die spezifische Unwerteigenschaft am Handlungswillen; im weiteren Sinne bezeichnet, Schuld” auch den Handlungswillen selbst mitsamt seiner Umwerteigenschaft als Ganzes: der schuldhafte Wille (bzw. die schuldhafte Handlung)”.

teoria do delito: a) a noção de lesividade e b) a posição defendida quanto à conformação do tipo de injusto. Os dois aspectos salientados, por seu turno, carecem de uma compreensão axiológica própria, a ser desenvolvida, em suas linhas mestras, nos apartados a seguir.

4.1 Lesividade e Reconhecimento do Outro como Valor em si

Consoante salienta a doutrina, o princípio da lesividade “transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito”²⁴. Desta consideração duas proposições são extraídas. Em primeiro lugar, “à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico”²⁵; e, em segundo lugar, que “nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”²⁶. Noutros termos: é essencial para a configuração de um delito lesionar ou pôr em perigo um determinado bem jurídico, o que significa traçar uma limitação material à configuração da conduta delituosa.

A lesividade, destarte, juridicamente dimensionada²⁷, implica não apenas reconhecimento da exterioridade, mas também da alteridade radicada no valor da pessoa, que é, justamente, este “colocar-se no lugar do outro”, isto é, reconhecer o outro como um ser merecedor de tratamento igual àquele que o “Eu” merece. Logo, conceber a lesividade, danosidade ou ofensividade como algo dissociado da alteridade configura um erro palmar.

Em síntese, pode-se dizer o seguinte quanto à lesividade: a) a lesividade é qualificativo que se atribui a uma conduta (dotada de potencialidade lesiva) que, praticada, afeta (lesiona ou causa perigo) bens jurídicos do outro ou de um grupo; b) a lesividade pressupõe, destarte, a exterioridade; c) pressupõe também a alteridade como reconhecimento da existência do outro como pessoa; d) a alteridade radicada no valor da pessoa significa que a ordem jurídica reconhece o valor do outro como valor da pessoa; e) O valor da pessoa, segundo a posição scheleriana aqui adotada²⁸,

²⁴ BATISTA, Nilo. *Op.cit.*, p. 91.

²⁵ *Ibidem*, p. 91.

²⁶ ZAFFARONI, E.R. *et al. Direito penal brasileiro*. vol.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 226.

²⁷ O primeiro corolário proíbe a incriminação de atitudes internas, assim compreendidas as ideias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos dos homens. Incorpora-se, portanto o legado da máxima latina *cogitationis poenam nemo patitur*, isto é, a impossibilidade de se punirem meras cogitações. O segundo corolário rejeita a incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor, como, por exemplo, as hipóteses de autolesões, de tentativas de suicídio e o porte de drogas para uso próprio. O terceiro corolário veda a incriminação de simples estados ou condições existenciais, pelo que se rejeita o chamado direito penal de autor (*Täterstrafrecht*), isto é, a definição de crime deve estar ligada a um direito penal do fato. Tampouco é possível impor uma pena em razão de características subjetivas da pessoa que comete o crime, como, por exemplo, as referências, não incomuns, de muitos tribunais à personalidade distorcida ou à periculosidade social do autor. O quarto corolário se refere à proibição de incriminações de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Ver BATISTA, Nilo. *Op.cit.*, p. 92 *et seq.*

²⁸ A noção de pessoa é bastante controversa em filosofia. Para os fins aqui propostos, embasados em Scheler, a pessoa representa, contudo, uma unidade essencial e concreta, indissociada da ação no

é insuscetível de objetificação e ocupa a maior escala na hierarquia de valores; f) reconhecer o valor do outro como valor absoluto da pessoa²⁹, insuscetível de objetificação, implica reconhecer a necessidade de preservação da pessoa, de sua dignidade, que diz com sua autorrealização; g) deste modo, quando se fala na figura do “Eu” e do “outro”, tais termos são utilizados apenas didaticamente, pois somos todos, em algum momento, “Eu” e também, ao mesmo tempo, “outro” para alguém. O “outro” não pode ser visto como algo secundário, mas como uma pessoa de igual valor. Isto de modo algum implica desconsiderar a singularidade que cada pessoa encerra. A igualdade se dá no plano do valor, não no plano da unidade concreta doador de sentidos que é a pessoa; h) isto permite considerar, em última análise, o princípio da lesividade como referível a uma cláusula absoluta e prioritária, isto é, a cláusula maior do valor da pessoa humana, limite intransponível para o legislador e que explica, por um lado, a impossibilidade de criminalização de condições ou estados existenciais, pensamentos e outras condutas que dizem com a autorrealização da pessoa sem o traço da exterioridade e; por outro lado, implica reconhecer que no cerne de todo delito existe um desrespeito ao valor da pessoa do outro, atualizado no mundo concreto das relações.

mundo. Nada melhor que as próprias palavras de Scheler neste sentido para conceituar pessoa: “Pois pessoa é justamente aquela unidade que existe para atos de todas as possíveis diversidades na essência – contanto que esses atos sejam pensados como completos. Pertence mesmo ainda mais à essência das diferenças de atos estar em uma pessoa e apenas em uma pessoa. Neste sentido devemos agora expressar a definição essencial: Pessoa é a unidade concreta, e mesmo essencial, de atos de diferentes essências, que em si precede todas as diferenças essenciais de atos (especialmente também a diferença externa e a percepção interior, querer externo e interno, sentimentos e amores, ódios externos e internos e assim por diante). O ser da pessoa fundamenta todos os atos essencialmente diferentes” (Trecho no original: *In: Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik. Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus. Vierte durchgesehene Auflage. Herausgegeben mit einem neuen Sachregister. Bern: Francke Verlag, 1954, p. 394 et seq: “Denn Person ist eben gerade diejenige Einheit, die für Akte aller möglichen Verschiedenheiten im Wesen besteht – sofern diese Akte als vollzogen gedacht werden. [...] Es gehört selbst noch zum Wesen von Aktverschiedenheiten, in einer Person und nur in einer Person zu sein. In diesem Sinne dürfen wir nun die Wesensdefinition aussprechen: Person ist die konkrete, selbst wesenhafte Seinseinheit von Akten verschiedenartigen Wesens, die an sich [...] Jallen wesenhaften Aktdifferenzen (insbesondere auch der Differenz äußerer und innerer Wahrnehmung, äußerem und innerem Wollen, äußerem und innerem Fühlen und Lieben, Hassen usw.) vorhergeht. Das Sein der Person ‘fundiert’ alle wesenhaft verschiedenen Akte”).*

²⁹ A noção de pessoa é bastante controversa em filosofia. Para os fins aqui propostos, embasados em Scheler, a pessoa representa, contudo, uma unidade essencial e concreta, indissociada da ação no mundo. Nada melhor que as próprias palavras de Scheler neste sentido para conceituar pessoa: “Pois pessoa é justamente aquela unidade que existe para atos de todas as possíveis diversidades na essência – contanto que esses atos sejam pensados como completos. Pertence mesmo ainda mais à essência das diferenças de atos estar em uma pessoa e apenas em uma pessoa. Neste sentido devemos agora expressar a definição essencial: Pessoa é a unidade concreta, e mesmo essencial, de atos de diferentes essências, que em si precede todas as diferenças essenciais de atos (especialmente também a diferença externa e a percepção interior, querer externo e interno, sentimentos e amores, ódios externos e internos e assim por diante). O ser da pessoa fundamenta todos os atos essencialmente diferentes”. *In: SCHELER, Max. Die Stellung des Menschen im Kosmos. 7. Auflage. Bern und München: Francke Verlag, 1966, p. 394. Trecho original traduzido: “Denn Person ist eben gerade diejenige Einheit, die für Akte aller möglichen Verschiedenheiten im Wesen besteht – sofern diese Akte als vollzogen gedacht werden. [...] Es gehört selbst noch zum Wesen von Aktverschiedenheiten, in einer Person und nur in einer Person zu sein. In diesem Sinne dürfen wir nun die Wesensdefinition aussprechen: Person ist die konkrete, selbst wesenhafte Seinseinheit von Akten verschiedenartigen Wesens, die an sich [...] Jallen wesenhaften Aktdifferenzen (insbesondere auch der Differenz äußerer und innerer Wahrnehmung, äußerem und innerem Wollen, äußerem und innerem Fühlen und Lieben, Hassen usw.) vorhergeht. Das Sein der Person ‘fundiert’ alle wesenhaft verschiedenen Akte”.*

É fundamental, contudo, salientar que a noção de pessoa aqui defendida não guarda relação com psicologismos. Consoante a lição de Scheler, a “pessoa é dada, em qualquer caso, como executora de atos intencionais que são vinculados por uma unidade de sentido. O ser psíquico não tem, assim, nada que ver com o ser da pessoa”³⁰.

A pessoa tem um valor intrínseco; ela é um bem em si mesmo (*An-sich-Guten*). Não um bem para si mesmo, mas um bem em si mesmo. Este valor é, assim, independente do conhecimento da pessoa³¹.

Desta forma, pode-se dizer que comportamentos insignificantes são aqueles que não acarretam nenhuma afetação ao outro ou uma afetação irrisória.

4.1.1 O Injusto e a Filosofia dos Valores Radicada na Consciência Intencional Husserliana.

De início, faz-se imperioso alertar ao leitor que uma discussão extensa e exaustiva acerca do tipo de injusto ultrapassa claramente o escopo mais modesto deste trabalho. Por esta razão, o escrito se esforça no sentido de esclarecer a posição defendida nesta sede de modo a buscar reunir os elementos essenciais de compreensão proposta do injusto.

As categorias dos desvalores da ação e do resultado – não se ignora – estão ligadas à ideia de injusto pessoal (*Das personales Unrecht*) desenvolvidas no contexto da doutrina finalista.

Decisivo para entender a compreensão de Welzel acerca do bem jurídico é entender a filosofia de seu sistema finalista, em grande medida influenciado pela escola fenomenológica da filosofia dos valores, sobretudo, pela obra de Nicolai Hartmann³². Por este motivo, faz-se imperioso apresentar as linhas gerais da orientação filosófica que lhe serviu de base.

Hartmann distingue ao lado do mundo das coisas reais um reino de essências ideais. Para este autor, “valores têm uma existência ideal em si” (*ideales Ansichsein*) e não são oriundos de um sujeito que os estipula. Ao revés, deve-se entender que os valores são dados à consciência, embora independentes desta, assim como independentes dos sujeitos e suas opiniões³³. Os valores distinguem-se dos demais objetos do reino da idealidade pelo fato de eles “insistirem em tornarem-se reais”. É, portanto, o valor que determina o dever-ser (e não o contrário, como em Kant), de modo que o ser dos valores é o próprio dever-ser. A rigor, o “dever-ser” do conteúdo do valor se estabelece ou converte-se em um dever-fazer (*tun sollen*). No que diz respeito especificamente

³⁰ *Ibidem*, p. 484. Trecho original traduzido: “Person ist jedenfalls als Vollzieher intentionaler Akte gegeben, die durch die Einheit eines Sinnes verbunden sind. Psychisches Sein hat also mit Personsein nichts zu tun”.

³¹ *Ibidem*, p. 495.

³² Apesar de alguma controvérsia acerca desta influência, ela é inegável. O próprio Welzel escreve que “uma real teoria da ação” só pode ser desenvolvida na ética de Nicolai Hartmann. Trecho original: “Eine wirkliche Handlungslehre sehe ich gegenwärtig bezeichnenderweise nur in einer Ethik entwickelt: in N. Hartmanns, Ethik”. WELZEL, Hans. *Abhandlung* p. 125, nota 12.

³³ HARTMANN, Nicolai. *Ethik*. Berlin; Leipzig.: Walter de Gruyter, 1926, p. 715.

ao injusto pessoal, nota característica do sistema de Welzel, a filosofia de Hartmann é especialmente importante. Este autor declara que os tipos de valores determinam-se de acordo com os diferentes depositários de valores. Eis as palavras do filósofo:

Valores de um determinado tipo estão sempre essencialmente referidos a um determinado tipo de depositários de valor. Assim, valores da coisa referem-se às coisas, valores de bens, de todo, se referem aos substratos reais (independentemente se coisas, relações reais, condutas reais de pessoas e assim por diante), valores da vida às essências da vida, valores morais a sujeitos pessoais³⁴.

Deste modo, os valores de ato realizam-se nas ações dos sujeitos e o marcam como um ser de atitude honesta, confiável, amável ou o oposto de tudo isto, conforme a hierarquia de valores que se opõem. A pessoa moral é, assim, o depositário dos valores do ato, enquanto com os valores de bens ocorre algo diverso: estes são realizados no resultado da ação. Os valores do resultado repousam, destarte, em substratos reais³⁵.

Desta relação entre valores morais e a pessoa, como depositária destes, surgiria depois toda uma escola finalista, segundo a qual a norma penal proíbe ações, condutas e não resultados, o que significou, inequivocamente, uma valorização do desvalor da ação no bojo do injusto. Tal relação é posta de modo claro por Hartmann:

Cada valor moral é valor de um comportamento, todo comportamento é, porém, contra alguém. Ele tem um objeto real, e este é sempre uma pessoa ou uma comunidade de pessoas. Ele tem um tal objeto mesmo que seja um comportamento puramente interior, uma conduta meramente intencional, meramente atitude interna sem ação, mesmo sem a exteriorização da atitude interna. O objeto do comportamento de uma pessoa é sempre uma pessoa. Atua-se sobre pessoas, não sobre coisas, é intencionado contra pessoas, não contra coisas³⁶.

³⁴ HARTMANN, Nicolai. Ethik, p. 131. Trecho original: "*Werte einer bestimmten Art sind immer wesentlich bezogen auf eine bestimmte Art von Wertträger. So Dingwerte auf Dinge, Güterwerte überhaupt auf reale Substrate (einerlei ob Dinge, reale Verhältnisse, reales Verhalten von Personen usw.), Lebenswerte auf Lebewesen, sittliche Werte auf personale Subjekte*".

³⁵ *Ibidem*, p. 128 et seq.

³⁶ *Ibidem*, p. 130. Trecho original traduzido: "*Jeder sittliche Wert ist Wert eines Verhaltens, jedes Verhalten aber ist Verhalten gegen jemand. Es hat ein reales Objekt, und dieses ist immer eine Person oder eine Gemeinschaft von Personen. Es hat ein solches Objekt auch dann, wenn es ein rein innerliches, bloss intentionales Verhalten, blosses Gesinnung, ohne Handlung ist, ja selbst ohne Äusserung der Gesinnung. Der Gegenstand des Verhaltens einer Person ist immer wieder eine Person. Man handelt an Personen, nicht an Dingen, ist gesinnt gegen Personen, nicht gegen Dinge*".

Não obstante a proposta encetada nesta sede guarde muitas semelhanças com a concepção finalista de Welzel, desta se distingue no que concerne aos marcos teóricos, a saber: (i) o fundamento do Direito Penal na consciência do estado inescapável de coexistência a que estão submetidos sujeitos dotados de consciência intencional, autonomia e falibilidade; (ii) a concepção husserliana de consciência intencional capaz de apreender os objetos do mundo, inclusive a norma e os valores e (iii) o valor da pessoa humana como ponto central das normas jurídicas na condição de um postulado de respeito dirigido à própria ordem jurídica e aos destinatários desta.

A consciência, conforme visto, tomada de acordo com uma concepção husserliana, quer significar que toda a consciência é consciência de algo (*Bewusstsein von etwas zu sein*). A consciência é compreendida como o fundamento último da liberdade, como um dos elementos centrais para a própria constituição do sujeito, como visto acima. A consciência é o *a priori* que permite ao sujeito intuir valores. Tais valores, vistos como um reino autônomo de possibilidades são, por meio da intencionalidade essencial à consciência, percebidos pelo sujeito. Nas palavras de Husserl, “a propriedade fundamental do modo da consciência, na qual ‘eu’ vivo como ‘Eu’, é a chamada intencionalidade, é ter a respectiva consciência de algo”³⁷.

A consciência humana é o instrumento capaz de apreender a inescapabilidade do *ser-com* (*Mit-sein*) entre os referidos sujeitos, o que, por conseguinte, revela a necessidade de uma função regulatória personificada no Direito. Não há, portanto, liberdade sem a *possibilidade da consciência do valor*. Neste ponto, como elucida Mário Ferreira dos Santos³⁸, insta esclarecer que julgar a liberdade como “cega espontaneidade” é um “erro palmar”, pois a liberdade já traz como pressuposto sua própria limitação.

Se, por um lado, a liberdade é este valor fundamental e instrumental que permite aos sujeitos a experimentação, por meio da consciência de valor, por outro lado, ela encontra limite no dado incontestável do estado inescapável de coexistência a que os sujeitos estão submetidos. A noção de liberdade, pois, carrega em seu âmago a sua própria limitação, a saber: a inescapabilidade do relacionar-se com o *outro*; ou, noutras palavras, do *ser-com* (*Mit-sein*). Uma liberdade em termos absolutos, diante da obrigatoriedade da coexistência, torna-se um conceito vazio fadado à contradição após um exame criterioso. Não é outro o sentido da lição de Aquiles Côrtes Guimarães ao assinalar que ser livre é ser causa dos próprios atos “e ser causa dos próprios atos é, simultaneamente, ingressar na atmosfera da vivência valorativa, uma vez que

³⁷ HUSSERL, Edmund. *Cartesianische Meditationen und Pariser Vorträge*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1991, p.13: “Die Grundeigenschaft der Bewußtseinsweisen, in denen ‘ich’ als ‘Ich’ lebe, ist die sogenannte Intentionalität, ist jeweiliges Bewußthaben von etwas”.

³⁸ Como acentua o grande filósofo brasileiro: “há liberdade, onde há consciência de valores. A liberdade tira de si mesma a sua razão de agir. É ela em nós imperfeita, porque há sempre nela ainda porquês e causas. É uma ingenuidade pensar que os que a defendem no homem, tivessem-na considerado como um acto espontâneo sem qualquer porquê, sem qualquer causa, como um efeito sem causa, como um acontecer sem uma razão suficiente eficaz e eficiente. Ela manifesta-se através de uma busca de possibilidades diferentes, para actualizar aquela ou aquelas que ela preferiu. Há, assim, no acto livre, uma avaliação, uma valoração. Sem a capacidade de avaliar, de valorar, não há liberdade. Ela não se realiza fora da natureza, mas, na natureza e através dela”. *In: Filosofia Concreta dos Valores*, p. 185.

ontologicamente considerada, a ideia de liberdade nos joga, repentinamente, no campo da coexistência ao qual estamos submetidos muito antes do nascimento”³⁹.

Uma vez que a incidência de normas criminais exige a concorrência do signo da lesividade, por óbvio que os valores positivos ou negativos (ou simplesmente desvalores) da intenção, apesar de presentes na pessoa do autor, são insuficientes para justificar e legitimar a criminalização de uma conduta ou sua reprovação em concreto.

A despeito disto e da divisão meramente para fins didáticos, faz-se imperioso constatar que o desvalor subjetivo e objetivo da ação são indissociáveis na prática, pois a conduta externada é, sem dúvidas, um resultado de uma vontade consciente. Ou, como já dissemos noutra sede, a conduta é *actividade da consciência intencional (enquanto potência constitutiva, doadora de sentidos) que, impulsionada afectivamente pela vontade, consiste na actualização*⁴⁰ de uma possibilidade de vivência, materialmente verificável ou transeunte, no mundo da vida, a qual expressa a preferência e preterição de valores relevantes para o Direito. Em síntese: agir é materializar valores!

O chamado desvalor objetivo da ação é, justamente, a exteriorização ou actualização de uma determinada vivência no mundo concreto da vida. O desvalor objetivo da conduta se ocupa da idoneidade desta para privar ou vulnerar um determinado bem jurídico.

O desvalor do resultado, por seu turno, é a empiricamente comprovada e materializada lesão ou colocação em perigo de um determinado bem jurídico. No entanto, mesmo o desvalor do resultado é indissociável do desvalor da ação. O ponto central de orientação das normas penais é o valor do ato, não o valor do estado de coisas. Assim, as lesões a bens jurídicos (o desvalor do estado de coisas) são só um momento parcial dependente-condicional dentro do desvalor global de ato da conduta. O conteúdo material das proposições jurídico-penais não é a mera protecção a bens jurídicos, mas a preservação de valores de ato da consciência jurídica.⁴¹

Isto se explica porque para proteger bens jurídicos o direito penal chega normalmente atrasado⁴². É também por esta razão que mais essencial do que a protecção dos bens jurídicos concretos individuais é a tarefa de garantir a validade real (observância) dos valores do ato da consciência jurídica; eles são o fundamento

³⁹ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Cinco lições de Filosofia do Direito*. p. 52.

⁴⁰ Conforme salienta Olavo de Carvalho, “a terminologia filosófica ainda usa a palavra ‘atual’ neste sentido, o que soa às vezes estranho, porque a palavra portuguesa *actual*, ao perder o *c* da ortografia antiga, perdeu junto com ele a acepção de *efetividade*, conservando somente a de *contemporaneidade*, por sua vez muito restrita em relação ao sentido do *ato* aristotélico”. CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva. Introdução à teoria dos quatro discursos*. São Paulo: É Realizações, 2006, p.62. Esta é a razão pela qual este trabalho prefere, para este fim particular, usar as palavras “acto” e actualização” com a letra “c”. Actualizar o conjunto de possibilidades de vivências não é nada mais do que tornar real, efetiva a possibilidade de algo, de modo que é possível dizer com o autor citado que “a história da gênese do conhecimento humano não é outra coisa senão a história da passagem da razão humana da potência ao ato”.

⁴¹ WELZEL, Hans. *FS-Kohlrausch*, 101, 106 *apud* MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakte* p. 28. Trecho original: “Die Rechtsgüterverletzung (der Sachverhaltsunwert) ist nur ein unselbständiges bedingendes Teilmoment innerhalb des umfassenden Aktunwerts der Handlung. Materialer Gehalt der Strafrechtssätze ist nicht der bloße Rechtsgüterschutz, sondern die Erhaltung der Aktwerte rechtlicher Gesinnung”.

⁴² WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1969, p. 3.

mais sólido que alicerça o Estado e a sociedade. A mera proteção a bens jurídicos tem apenas uma meta negativo-profilática, preventivo-policial. A tarefa mais profunda do direito penal, ao contrário, é de natureza positiva e ético-social: ao proscrever e punir a inobservância realmente efetiva dos valores fundamentais, revela na forma mais impressionante, a qual está à disposição do Estado, a *validade inquebrantável desses valores positivos do ato, molda o julgamento ético-social dos cidadãos* e fortalece sua consciência de permanente fidelidade jurídica⁴³.

Tudo isto demonstra que para além das quantificações e significações de lesões a bens jurídicos está a essência do injusto: a violação a um postulado e pretensão de respeito radicado no valor da pessoa humana em si ou enquanto grupo de pessoas que formam a ordem social. Por esta razão, já antecipando uma consideração ulterior, aquele que furta uma pequena quantia em dinheiro ou em bens; aquele que comercializa uma pequena quantidade de droga; aquele que desmata trecho não comprometedor de toda uma Área de Preservação Ambiental; aquele que ilude em quantia ínfima o pagamento de imposto devido⁴⁴, a despeito da quantificação mínima da lesão, pratica ou actualiza um desrespeito a valores essenciais à pessoa humana e à ordem social.

Além de a sanção penal, enquanto pretensa tutela, chegar sempre atrasada, a alegada função protetiva de bens jurídicos deve ser rechaçada por vários motivos, os quais nesta sede serão apenas mencionados em suas linhas mestras: a) a função de proteção a bens jurídicos carece de constante comprovação empírica de efetividade, o que é inviável, e não tem se mostrado justificável, pois: 1) a tutela prática de bens jurídicos se apresenta de forma seletiva, fragmentária, político e socialmente; b) a função de proteção a bens jurídicos, a rigor, não limita a intervenção jurídico-penal e tampouco serve de fundamento prático às incriminações diante da chamada prerrogativa de avaliação do legislador (*Einschätzungsprärogative*),

⁴³ WELZEL, Hans. *Das Deutsche...* p. 3. Trecho original: "*Wesentlicher als der Schutz der konkreten einzelnen Rechtsgüter ist die Aufgabe, die reale Geltung (Befolgung) der Aktwerte rechtlicher Gesinnung sicherzustellen; sie sind das stärkste Fundament, das den Staat und die Gemeinschaft trägt. Bloßer Rechtsgüterschutz hat nur eine negative-vorbeugende, polizeilich-präventive Zielsetzung. Die tiefste Aufgabe des Strafrechts dagegen ist positive-sozialethischer Natur: Indem es den wirklich betätigten Abfall von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung verfehmt und bestraft, offenbart es in der eindrucksvollsten Weise, die dem Staat zur Verfügung steht, die unverbrüchliche Urteil der Bürger und stärkt ihre bleibende rechtstreue Gesinnung*".

⁴⁴ É de se salientar, por exemplo, o profundo desacerto das posições de STF e STJ no sentido de que o princípio da insignificância seria aplicável ao crime de descaminho quando o valor do tributo sonegado apresentar valor igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Tal entendimento se baseia em Portarias do Ministério da Fazenda 9 nº 75/2012 e nº 130/2012. O art. 2º da Portaria 25 de 2012 assevera: "O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00, desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito". Em primeiro lugar, o valor de vinte mil reais já é intuitivamente desproporcional para ser considerado insignificante; em segundo lugar, demonstra-se a ilogicidade do critério quantitativo, pois ao mesmo tempo em que um furto de trezentos reais é significativo, os Tribunais consideram a sonegação de, por exemplo, quinze mil reais insignificante; em terceiro lugar, a aplicação de uma Portaria do Ministério da Fazenda que trata de arquivamento administrativo sem baixa na distribuição como critério de aferição da insignificância é absolutamente atécnico, seja porque este arquivamento não se confunde com extinção do débito, seja porque não há relação possível entre a matéria tratada na portaria e a lesividade ao bem jurídico. Em orientação similar o STJ já criticou a insignificância neste caso nos informativos 551 e 536.

Por esta razão, o presente trabalho propõe a definição de parâmetros de compreensão do assunto.

Em *primeiro lugar*, a insignificância está relacionada sempre a um injusto enquanto junção do desvalor objetivo da ação (*objektive Handlungsunwert*) e do desvalor do resultado (*Erfolgsunwert*), pois insignificantes são apenas condutas e, também, apenas condutas cuja repercussão seja ínfima, o que nos leva ao segundo aspecto. Parte essencial integrante do injusto é a constatação de que todo crime significa, concretamente, uma violação de um bem jurídico determinável e, na dimensão axiológica, significa um desrespeito ao ordenamento jurídico e ao valor maior da pessoa humana.

Em *segundo lugar*, a insignificância está sempre relacionada à extensão e ao grau de afetação de um bem jurídico-penal. Não porque seja função do direito penal a proteção de bens jurídicos, mas porque o bem jurídico é uma categoria imprescindível à teoria do delito, já que toda conduta criminosa ofende algo. A saber, consoante já defendemos em outra sede, bem jurídico é a possibilidade de um ou mais sujeitos estabelecerem uma relação com algum objeto, cujo valor é reconhecido pela ordem jurídica.

Em *terceiro lugar*, e como decorrência do dito acima, a insignificância se insere, fundamentalmente, no contexto do chamado princípio da lesividade. A lesividade, por seu turno, materialmente, é extraída da ideia de alteridade, a saber, a possibilidade da consciência ou reconhecimento do outro. Por esta razão, também, é extremamente difícil dizer no caso concreto o que é ou não insignificante sob a perspectiva do outro. Perspectiva esta que não pode ser ignorada pelo direito penal, embora não possa ser totalmente subjetivada.

Em *quarto lugar*, também como consectário do parágrafo acima, tem-se que, apesar das circunstâncias do caso concreto, é de ser levada em conta a perspectiva do titular do bem jurídico afetado em uma medida minimamente objetivável. Não por outro motivo, faz todo o sentido que em determinados crimes como o furto de pequeno valor, a ação penal pertinente seja condicionada à representação⁴⁵ a fim de que o lesado

⁴⁵ Na Alemanha se defende tão somente que, diante da insignificância da ofensa, por razões político-criminais e processuais-penais, não há interesse em punir o autor do comportamento. Neste sentido revela-se a redação do §153 (1) do StPO, diploma processual-penal alemão, como uma espécie de mitigação do princípio da oportunidade: “Em caso de procedimento que tenha como objeto uma contravenção pode o Ministério Público, com a concordância do Tribunal competente, desistir da abertura do processo principal e da persecução se a culpabilidade do autor for considerada como insignificante e não houver nenhum interesse público na persecução penal”. Trecho original traduzido: “(1) *Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht...*” Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/___153.html>. Como acentua Martin Saal, no direito processual penal alemão, “o princípio da insignificância encontra expressão especial nos arts. 153, 153 do Código Processual Penal, que autoriza uma suspensão do processo que tiver por objeto um delito insignificante. Decisivo para a insignificância é com respeito a isto ‘uma culpabilidade insignificante do autor (art. 153) ou uma culpabilidade sem gravidade (art. 153a)”. In: *Das Vortäuschen einer Straftat (§ 145d StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikt*. Grundler und Humblot. Berlin, 1996, p. 113 (Trecho traduzido: Im *ProzeßBrecht* findet das Geringfügigkeitsprinzip insbesondere in den §§ 153, 153^a StPO, die eine Einstellung des Verfahrens, das ein Vergehen zum Gegenstand hat, „wegen

manifeste o real significado da afetação ao bem jurídico. Sublinhe-se por oportuno: a previsão de que tais condutas desafiem o manejo de ação penal condicionada à representação não quer dizer que são condutas insignificantes. Significam apenas o não alijamento da vítima no processo, até porque esta, melhor que ninguém, pode dizer o que é ou não uma lesão significativa.

Em *quinto lugar*, a insignificância, por dizer respeito a uma conduta e suas consequências para o bem jurídico em questão, não tem, rigorosamente, nada que ver com aspectos pessoais do autor da conduta, como, por exemplo, se ele é reincidente ou se ostenta anotações criminais ou conduta social desfavorável. Tais questões são de relevo para a aplicação de pena, e constantemente são ignoradas por sentenças criminais apressadas, mas não podem ter qualquer impacto na verificação da insignificância de um injusto. A reincidência enquanto critério para a aferição da insignificância, consagrado em nossos Tribunais, é, destarte, mais um *erro categorial*.

Em *sexto lugar*, a natureza jurídica da cláusula da insignificância não é causa de exclusão da tipicidade material. Importante frisar: com isto não se quer dizer que, em algumas ocasiões (bem menos frequentes do que se defende atualmente), a afirmação da insignificância acarretará atipicidade material absoluta da conduta. Quer-se apenas dizer que isto seria um resultado da aplicação do postulado da proporcionalidade e do subprincípio da lesividade. Assim, o emprego de uma ameaça inverossímil e frágil para a subtração de bens móveis de outrem não configura um roubo. Tampouco, porém, leva à atipicidade da conduta, senão, no máximo, a uma atipicidade relativa, conforme seja ao menos executada a subtração. Noutros casos, a fragilidade da ameaça em si, caso não se ultrapasse as raias da promessa, levará, conclusivamente à atipicidade absoluta. Em um terceiro caso, de furto de mercadorias avaliadas em R\$ 100,00 de um supermercado, a insignificância enquanto acarretará a incidência de uma causa de diminuição ou como circunstância definidora da espécie de pena.

A insignificância não pode ser por si só e aprioristicamente uma causa de exclusão da tipicidade material. Primeiro porque só um juízo *ex post factum* pode revelar a insignificância de dado comportamento; em segundo, pois, já de antemão impediria o exercício da legítima defesa. Se se convencionar que o furto de R\$ 50,00 é insignificante, e por isso materialmente atípico, isto permitirá que qualquer um subtraia esta quantia de outrem, sem que o proprietário possa sequer defender seu patrimônio, uma vez que nem mesmo típica a conduta seria.

Geringfügigkeit" zulassen. Maßgeblich für die Geringfügigkeit ist insoweit eine, geringe" Schuld des Täters (§ 153 StPO) bzw. Keine entgegenstehende, Schwere der Schuld" (§ 153^a StPO). Como acentua Jescheck em seu *Lehrbuch*, a legislação penal alemã não adotou a divisão tripartite francesa, de modo que o §12 do StGB faz menção a duas categorias de ilícito penal, a saber: 'Vergehen' (delito ou falta) e 'Verbrechen' (crime). A diferença é meramente de grau, conforme explica: "A classificação é feita de acordo com o mínimo de pena cominado: se o fato é punido com pena privativa de liberdade de um ano ou acima disto, então se trata de um crime; se o fato é punido com uma pena privativa de liberdade insignificante no patamar mínimo ou com multa, então é um delito". In: *Lehrbuch des Strafrechts...* p. 56. Trecho original: "Die Einordnung wird nach dem angedrohten Mindestmaß vorgenommen: ist die Tat im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht, so ist sie Verbrechen (§12, I), ist im Mindestmaß eine geringere Freiheitsstrafe oder Geldtrafe angedroht, so ist die Tat Vergehen (§12, II)".

Em sétimo lugar, a insignificância das condutas e suas consequências devem, ao menos, possuir algum parâmetro determinável. Neste ponto, o trabalho é necessariamente caso a caso e nossos esforços nesta sede seriam apenas exemplificativos. Assim, o furto de R\$ 100,00 não é insignificante; já a subtração de uma caixinha de grampos, de centavos⁴⁶, de uma maçã, pode vir a ser reputada insignificante se outros elementos convergirem para essa valoração⁴⁷.

Por este motivo, entre os critérios ou condições necessárias e suficientes à verificação da insignificância no caso concreto, ter-se-á: (i) o grau e extensão da afetação do bem jurídico em questão (desvalor do resultado); (ii) qual o grau e extensão da ofensividade (potencial de lesão ou idoneidade) da conduta em si em relação ao bem jurídico (desvalor da conduta); (iii) se a conduta representa uma afetação relevante do valor da pessoa; (iv) se a conduta representa uma afetação significativa para a crença/consciência da essencialidade e manutenção dos valores da ordem jurídica (avaliar, entre outras coisas, o efeito cumulativo com o risco de reiteração da conduta caso esta seja reputada insignificante).

Este último critério se fundamenta no seguinte: (i) em considerações de prevenção geral positiva, no sentido de que a ausência de relevância penal de certas condutas supostamente insignificantes é compreendida no meio social como permissão, sendo, portanto, a afirmação da relevância penal destes comportamentos imperativa para que, simbólica e axiologicamente, a população valore, compreenda, perceba e intua o comportamento como algo ofensivo; (ii) em considerações de caráter consequencialista no sentido de que, sob o ponto de vista individual e puramente prático-econômico, algumas dessas condutas poderiam até ser compreendidas como inofensivas⁴⁸ (como exemplo, o furto de caixas de chocolate ou papel higiênico ou quaisquer outros itens até um valor determinado), mas quando apreciadas sob uma perspectiva geral, apresentam potencial efeito cumulativo indesejável (no caso do furto, haveria o risco de comprometimento da própria liberdade de comércio, se qualquer pessoa puder entrar num supermercado e pegar para si itens de determinado valor reputado irrisório); (iii) na circunstância de que todo injusto culpável praticado

⁴⁶ Veja-se, por exemplo, a posição de Joppert, para quem o art.12 do Código Penal seria fonte segura, por analogia, para orientar a aplicação da insignificância em crimes patrimoniais: "Isso faz concluir que nos crimes de ordem patrimonial somente as lesões apreciáveis em centavos podem ser merecedoras da aplicação do princípio da bagatela...". JOPERT, Alexandre Couto. *Fundamentos de Direito Penal*. 3ª ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 189.

⁴⁷ Isto porque o critério exclusivamente quantitativo não é condição suficiente para a aferição da insignificância no caso concreto. Via de regra, a subtração de uma maçã ou de alguns centavos não é algo que gere uma afetação relevante do bem jurídico patrimônio e tampouco encerra uma violação significativa do valor da pessoa humana com risco de imitação e consequente risco à manutenção dos valores da ordem jurídica. No entanto, em casos excepcionais, será difícil mesmo nesta hipótese ver uma afetação insignificante quando, por exemplo, o lesado em um furto de um punhado de maçãs é um morador de rua que depende daquele bem de consumo para sobreviver; ou, ainda no caso do punhado de maçãs, o lesado é um modesto quitandeiro de rua.

⁴⁸ A hipótese, porém, também é problemática na prática: Por exemplo, ao considerarmos que um vendedor de frutas venda cada maçã a cinquenta centavos e sua bancada tenha 200 maçãs, então a subtração de apenas uma delas não terá um alcance significativo. Já a subtração de 15 maçãs possui um alcance maior. Por outro lado, uma loja que vende "iphones", possui apenas 20 deles no mostruário, mas a subtração de apenas um deles, já geraria um prejuízo de, por exemplo, mil reais.

envolve uma dimensão coletiva e geral, no sentido de que simboliza o desrespeito ao valor da pessoa humana, valor este do qual todos os destinatários participam. Noutros termos: o crime muitas vezes possui uma vítima ou um bem jurídico vulnerado individual, no mundo concreto da vida; na dimensão axiológica, porém, representa sempre um desvalor para a ordem jurídica e um desrespeito ao valor da pessoa humana, advindo daí seu caráter coletivo.

Conforme salienta Stratenwerth, o reconhecimento do outro como pessoa não consiste só em deixá-lo agir a seu gosto em seu próprio círculo vital, senão também em respeitar seus objetivos supraindividuais, em considerá-lo como alguém que gostaria de ver o mundo, seu mundo, ordenado de uma determinada maneira e que talvez esteja preparado para sacrificar tudo por isto⁴⁹.

De todo o exposto, depreende-se que os casos de real insignificância são bem mais restritos dos que aqueles normalmente admitidos pela doutrina e jurisprudência dos Tribunais. O grande tormento acerca da insignificância envolve menos a teoria do delito e mais a consequência jurídico-penal aplicável a esses casos de suposta insignificância. Ofensas não tão graves, porém de significado penal, logicamente não merecem reprimenda tão drástica quanto outras ofensas mais intensas. Trata-se de um problema de avaliação da natureza, grau e extensão da sanção criminal, e não tanto da teoria do delito.

Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BATISTA, Nilo. *Uma introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva. Introdução à teoria dos quatro discursos*. São Paulo: É Realizações, 2006.

ESER, Albin. Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen. In: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*. Verlag Walter de Gruyter, Berlin/New York 2001, p. 199-212.

FILHO, Felinto Martins. *Aplicabilidade do princípio de insignificância nos delitos de roubo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30648/aplicabilidade-do-principio-da-insignificancia-nos-delitos-de-roubo#ixzz3aRnbh72s>>.

GOMES, Luis Flávio. *Infração Bagatela Imprópria*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=200602070940139>.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Cinco lições de filosofia do direito*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 72p.

HARTMANN, Nicolai. *Ethik*. Berlin; Leipzig.: Walter de Gruyter, 1926.

⁴⁹ STRATENWERTH, Günter. *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?* In: ZStW, vol. 105, 1993, p. 369.

HUSSERL, Edmund. *Cartesianische Meditationen und Pariser Vorträge*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1991.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Berlin: Dunckler & Humblot, 1996, 1029p.

JOPPERT, Alexandre Couto. *Fundamentos de Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*. Frankfurt a.M.: Peter Lang, 1994.

ROXIN, Claus. Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht. In: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Walter de Gruyter, 1972.

ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 4. Auflage. München: CHBeck, 2006.

SAAL, Martin. Das Vortäuschen einer Straftat (§145 StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikt. Berlin: Dunckler und Humblot, 1996.

SCHELER, Max. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*. Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus. Vierte durchgesehene Auflage. Herausgegeben mit einem neuen Sachregister. Bern: Francke Verlag, 1954.

_____. *Die Stellung des Menschen im Kosmos*. 7. Auflage. Bern und München: Francke Verlag, 1966.

StPO – *Strafprozessordnung* (Código de Processo Penal Alemão). Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>>

STRATENWERTH, Günter. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts? In: *ZStW*, vol. 105, 1993.

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. In: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, vol. 14 (jan-dez.2013). "Princípio da irrelevância penal do fato, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna", p. 214et seq.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.

ZAFFARONI, Eugenio R. et al. *Direito penal brasileiro*. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 658p.