

Aplicação do princípio da insignificância, um processo hermenêutico?

José Carlos Sallet de Almeida e Silva

Capitão do Quadro de Oficiais de Estado Maior da Polícia Militar do Estado do RS (Brigada Militar/RS); bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/RS (UFSM) e pós-graduando em Direito Constitucional Aplicado pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA)

Introdução

É premente na atualidade falar-se na teoria elaborada por Claus Roxin (funcionalista), deixando-se o finalismo ‘welseano’ de lado, tratando-o um malefício, ou uma praga, uma doença jurídica. Eis que não se pode esquecer que toda a teoria tem, ao seu tempo, a respectiva finalidade e/ou eficácia, portanto não há que se falar em sepultamento do finalismo, mas no estudo de uma nova adequação do Direito Penal enquanto ciência essencialmente social.

Também é pacífico notar-se em nossa sociedade que os problemas a que cuida o Direito Penal são de ordem social, desmistificando o “homem criminoso” de Lombroso e, quem sabe, ‘mitificando’ o delinqüente social; não o sociopata, mas o delinqüente que atua mormente nos delitos contra o patrimônio (que são os mais severamente apenados no nosso Código Penal). A questão é muito mais complexa do que um simples caso de polícia ou de justiça (no sentido de Poder Judiciário), não havendo bula com dosagem miraculosa de remédio a ser ministrado; a questão é global e de interesse geral.

Por que delinqüente social? Porque face ao meio onde o cidadão vive, cercado de pobreza, tráfico de entorpecentes, famílias desajustadas, desemprego, falta de saneamento básico, energia elétrica, educação, entre outros direitos sociais mínimos; resta-lhe uma escala de valores onde o trabalho e o sacrifício pessoal para aquisição das condições desejadas, ou de um vestuário, de um medicamento, etc., encontra-se muito abaixo do assalto a mão armada, pois os 'ricos' como são chamados os cidadãos de classe média têm os bens para alcançar-lhe de modo mais imediato e quase que com a certeza da impunidade.

Este prólogo inicial é tão somente para situar o leitor na sociedade em que vivemos, pois infelizmente não há aqui, no mundo real, o delinqüente Tício, a vítima Caio ou o mentor intelectual da ação, Mévio; não, aqui no mundo real são Caios, Tícios e Mévios que alternam-se no teatro da vida, ora um sendo vítima do sistema opressor, ora sendo autor de um injusto penal.

O propósito deste singelo artigo é discutir em poucas palavras a caminhada que está percorrendo o chamado Princípio da Insignificância (ou delito de bagatela), elaborado por ROXIN, se tais conceitos são princípios já enraizados no Direito Penal ou se o julgador (e por enquanto só ele) tem ainda de fazer uma ilação psicológica ou um exercício hermenêutico para aplicação dos conceitos de bagatela.

1. O que é o princípio da Insignificância.

O princípio da insignificância foi formulado por CLAUS ROXIN, que propôs a interpretação restritiva aos tipos penais, com a exclusão da conduta do tipo a partir da insignificante importância das lesões ou danos aos interesses sociais; entretanto o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas a bens jurídicos, deixando claro que a secularização já não é tão somente um fenômeno teórico, mas sim uma realidade, pois a punição pelo *imoral* já, de há muito é descabida.

ROXIN aduz que a insignificância não é característica do tipo delitivo, mas sim um auxiliar interpretativo seu, a fim de restringir o teor literal do tipo formal, conformando-o a condutas socialmente admissíveis, em decorrência de suas ínfimas lesões aos bens juridicamente tutelados.

Sustenta ainda o autor, que nas infrações de bagatela não há necessidade de uma imposição de pena. Da análise de sua teoria, merece destaque especial a conflagração que causaram seus ensinamentos acerca do relacionamento entre Política criminal e Direito penal. Resumindo sua idéia central, a Dogmática penal já não poderia ser apática em relação ao seu resultado final, ou seja, ao seu produto, ou, ainda, aos seus valores que norteiam o panorama constitucional (*axiológico*) em vigência.

Nos estudos acerca de uma política voltada aos crimes de pouca ou quase imperceptível lesividade material, propugna-se pela não aplicabilidade da lei penal em relação àquelas condutas que não chegam, a gerar dano aos bens por nós tutelados em norma.

Aí é que surge a importância da análise do princípio da insignificância, direcionado ao operador do direito e fundamentado na idéia de proporção que a pena deve conter em relação à gravidade do ilícito penal. Nos casos de ínfimo abalo ao bem jurídico, a substância do injusto é tão irrisória, que não subsiste nenhum porquê à aplicação de pena, de modo que a mínima sanção penal seria fundamentalmente desproporcional à real significância material do episódio.

No entanto, na aplicação do princípio da insignificância, deve-se utilizá-lo com cautela, considerando insignificante apenas aquilo que realmente o é, sendo que há a necessidade de serem observadas as circunstâncias objetivas e subjetivas que envolvem o caso concreto, impedindo-se que seu conteúdo possa vir a ser uma porta aberta à impunidade.

Aí concatena-se o exercício hermenêutico, pois o aplicador da lei não tem disposto ao seu uso o princípio em epígrafe, talhado na lei das leis, a não ser por

construção mnemônica. Para tanto utilizará o pálio constitucional à sua aplicação, no que tange ao direito a um julgamento justo, entre outros direitos e garantias individuais.

A incidência da insignificância exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida mediante consideração conglobada da norma. Ou, nas palavras de GOMES (2001, p. 10): “o fato torna-se irrelevante, em virtude da presença dos requisitos bagatelares (resultado, conduta e culpabilidade bagatelares), tornando-se a pena desnecessária”.

Não seria inoportuno salientar que, em pesquisas jurisprudenciais, o princípio da insignificância vem sendo utilizado pelos tribunais superiores em todos os tipos de delito (formais/materiais, de dano/de perigo, dolosos/culposos) como instrumento de interpretação restritiva da norma penal, alcançando a descriminação de condutas que, conquanto aparentemente típicas, não lesam de forma significativa um bem juridicamente tutelado.

O Princípio da Insignificância é uma forma excludente da tipicidade impedindo a configuração do Injusto Penal. O Direito Penal não se ocupa de todos aqueles comportamentos anti-jurídicos que decorrem das relações sociais, mas, tão somente daqueles mais molestadores e lesivos para os bens jurídicos. Ademais disso, só se conhece e sanciona nos fatos quando houver falhado todos os demais meios de controle formais ou informais.

2. A teoria do garantismo penal e o princípio da insignificância.

É enfática a doutrina quando frisa que o fenômeno da secularização (separação da moral e do direito) foi a mola propulsora dos sistemas jurídicos como conhecemos hoje.

Todavia quando fala-se em garantismo penal e preservação das garantias constitucionais, não pode-se esquecer dos axiomas enumerados por FERRAJOLI

(2004) quando esmiúça o princípio da legalidade em dez sub-princípios; resumidos de forma que abstraia-se o verdadeiro sentido do sistema de garantias. Tais sub-princípios são resumidos, de maneira um tanto simplista, de forma que somente tornem-se penais as leis que realmente interessem a essa esfera do conhecimento jurídico; ou seja, que sejam penalizadas somente aquelas condutas onde a ação provoque um verdadeiro mal, ou ainda, provoque um efetivo dano a um bem juridicamente relevante, que as leis penais acolham em seu cerne questões de real importância penal, ou seja, que as leis penais apenas tipifiquem condutas que causem efetivos danos à bens socialmente tutelados.

Quando CARVALHO (2004, p. 29) nos fala do princípio da lesividade, pode-se inferir o que realmente o sistema de garantias quer modificar. Tal axioma refere justamente que os bens juridicamente protegidos o são por indicação da carta magna e não cabe à legislação infraconstitucional modificar ou questionar a valoração dada pela lei máxima.

Dentre os pontos que a teoria garantista apega-se para a (re)formulação do direito penal, está o de que se não há lesividade coletiva, se não há *injusto* praticado, não deverá haver crime, portanto não deverá haver pena.

3. O princípio da insignificância e o direito militar

O Dec Lei 1001/69, Código Penal Militar, ou *código castrense*, tem em seu âmago o fito de regular as condutas típicas, penalmente falando, bem como registrar quais condutas serão consideradas criminosas em âmbito militar.

A vida militar, de origem nos antigos castros da idade antiga, tem peculiaridades como hierarquia (ordenação da autoridade em níveis), disciplina (fiel cumprimento das ordens legais recebidas) e lealdade; durante a convivência interna na caserna (entre os militares) e a relação dos militares com a comunidade – o Código Penal Militar tipifica condutas praticadas por militares contra civis – ; para tanto aos olhos civis algumas condutas típicas podem ser consideradas um exagero quando são

analisadas em visão superficial, neste diapasão cita-se à guisa de exemplo as condutas de dormir durante a execução do serviço ou a de apresentar-se embriagado para o serviço ou embriagar-se durante o serviço, são consideradas crimes militares.

Vê-se que no caso de o operador do direito labutar na seara do direito militar, verificará que o princípio da insignificância não poderá ser aplicado no julgamento das lides da caserna. O fato da manutenção da disciplina e, principalmente, das punições penais militares terem aspecto muito mais educativo (para o infrator e ainda mais para os demais militares) do que propriamente retributivo ou ressocializador, faz com que o magistrado – ou o Conselho Permanente ou o Especial – no momento do julgamento da conduta (direito penal do fato, sim!) não possam relevar o já nominado princípio. Ou tal vez, em justificativa bastante hipócrita, é verdade; o façam justamente observando o princípio da insignificância e da lesividade, alicerçado no esquife pálido e sombrio (mas necessário) da manutenção desta disciplina que, ao sofrer o menor arranhão, já é ferida de morte. Assim mesmo os delitos ditos bagatelares são de suma importância ao direito militar e a efetiva punição do seu autor é remédio mais que suficiente para a conservação e manutenção da ordem na classe especial.

Veja-se o exemplo do furto de uso. Na lei comum o furto de uso não é punido, como bem leciona CAPEZ (2005, p. 383), pois falta ao agente a elementar *para si ou para outrem*, que em poucas palavras é o anseio pelo *assenhramento* do bem móvel. Já no direito castrense, o furto de uso é apenado com até seis meses de detenção (DL 1001/69, art. 241), mesmo que não haja o *animus rem sibi habendi* peculiar aos crimes contra o patrimônio, que é justamente o desejo de ter para si. Neste caso o agente ‘apenas’ pega emprestado o bem, restituindo-o em iguais condições e ao mesmo local de onde subtraíra-o.

A explicação do porquê da punição penal a tais delitos em âmbito militar já fora mais que suficiente.

Para tanto veja-se com parcimônia a aplicação do chamado princípio da insignificância no direito militar, pois o que à comunidade civil possa parecer uma bagatela insignificante, pode constituir-se em delito militar de punição severa.

Considerações finais

Neste trabalho pinçou-se um pouco da teoria de ROXIN acerca do princípio da insignificância, passeou-se pela teoria do garantismo penal de FERRAJOLI, deu-se um vaga notícia acerca dos delitos militares e ao final pode-se extrair, à guisa de conclusão, que o princípio da insignificância ainda é proposto ao magistrado e ao operador do direito como um exercício hermenêutico, de interpretação, embora já estejamos caminhando para o inevitável Direito Penal Mínimo (onde somente será penalizado aquilo que realmente interessa à sociedade) tendo em vista que o problema do direito penal hoje é muito mais uma questão social do que de segurança pública; que a construção de uma escola ou de uma rede de saneamento hoje, representará a economia em construção de penitenciárias amanhã.

Pois o eminente Procurador de Justiça do RS, mestre de todos nós, Prof. Dr. Lenio Streck, em palestra proferida na III Jornada de Estudos, promovida pela Associação Paranaense dos Juízes Federais, a certa altura registrou uma das mais, senão a mais brilhante conclusão de sua fala a de que “o método hermenêutico está muito mais para windows 2005, ‘copiar / colar’ do que propriamente um processo interpretativo”.

Portanto vê-se que o eminente mestre não errou ao dizer que o julgador, hoje em dia, não faz um juízo de interpretação (quicá constitucional) do caso sobre o qual está decidindo, quer por sobrecarga de trabalho, por carreirismo ou por convicção mesmo! O que se vê sim são inúmeros doutrinadores, juristas, tentando aprofundar o princípio hermenêutico constitucional de decisão, aliado ao princípio da insignificância, já irrefutável hoje em dia, todavia não expresso na lei; para que

a sociedade pare de ver casos de furto de abóboras irem parar nos Tribunais e, pior, nas Cortes Superiores da justiça brasileira.

De tudo o que foi visto é de se concluir que o exercício da hermenêutica constitucional é nada mais do que uma necessidade ao julgador, que o princípio da insignificância deve ser aplicado como um resultado desse exercício e que a separação entre direito e moral deva ser entendida restritivamente ao fato de criminalizar-se condutas moralmente (apenas) reprováveis, mas utilizar-se a moralidade, a dignidade, a humanidade para descriminalizar-se condutas típicas, porém moralmente aceitas.

Abandone-se de vez o formalismo positivista de KELSEN (que foi válido e muito útil ao seu tempo) e passe-se à interpretação constitucional, à valoração correta dos bens tutelados pela comunidade por meio da Carta Magna!

Referências bibliográficas

ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal, Lisboa: Ed. Vega

GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. Salvador, revista Diálogo Jurídico, vol. 1, n. 1, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hasan Choukr, Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO, Amiltom Bueno de. CARVALHO. Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. 3 ed revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts 121 a 212) 5. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRUTTI, Roger Spode. O princípio da insignificância e sua aplicabilidade pela Polícia Judiciária . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 899, 19 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7722>>.

Disponível em:

<http://www.direitonet.com.br/artigos/perfil/exibir/111149/Jose-Carlos-Sallet-de-Almeida-e-Silva>

Acesso em 29/06/2009