

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

Felipe Augusto Fonseca Vianna*

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações propedêuticas. 2.1 O caráter subsidiário do Direito Penal. 2.2 Proteção Subsidiária de Bens Jurídicos como função do Direito Penal. 3 Princípio da Irrelevância Penal do Fato. 3.1 Conceito e aplicação. 4 Princípio da Insignificância. 4.1 Pressupostos Teóricos. 4.1.1 Política Criminal e Direito Penal. 4.1.2 O sistema Funcionalista teleológico-racional de Direito Penal. 4.2 Conceito e aplicação. 5 Princípio da Irrelevância Penal do Fato e Princípio da Insignificância. 5.1 As supostas diferenças entre os institutos. 5.2 A impossibilidade de aceitação do Princípio da Irrelevância Penal do Fato. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: Este artigo trata dos Princípios da Irrelevância Penal do Fato e da Insignificância, os quais seriam, em tese, aplicáveis aos casos dos chamados “crimes de bagatela”. Nessa linha, problematiza-se o tema com a seguinte indagação: o denominado Princípio da Irrelevância Penal do Fato deve ser visto como verdadeiro princípio de Direito Penal, sendo aplicável aos casos concretos? Após realizar uma análise preliminar acerca de ambos os institutos, o artigo instaura uma discussão sobre o tema, apontando a necessidade de se negar aplicação ao Princípio da Irrelevância Penal dos Fatos, eis que tal princípio não possui bases

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestrando em *Criminal Justice* pela *California Coast University*. Ex-Advogado. Agente Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas, lotado nas 60ª e 61ª Promotorias de Justiça Especializadas no Controle Externo da Atividade Policial – PROCEAP.

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

dogmáticas bem fundamentadas. Ademais, o artigo comporta um referencial teórico pautado na mais moderna doutrina do Direito Penal, segue as diretrizes do método dedutivo e como técnica de coleta de dados, utiliza a pesquisa bibliográfica. É um artigo de revisão.

Palavras-chave: Princípio da Irrelevância Penal do Fato. Princípio da Insignificância. Crimes de Bagatela. Bem Jurídico.

1 Introdução

Parte da doutrina brasileira passou a sustentar, nos últimos anos, a existência do assim denominado “Princípio da Irrelevância Penal do Fato”, supostamente aplicável aos “crimes bagatelares impróprios”. Segundo seus defensores, tal princípio seria substancialmente distinto do “Princípio da Insignificância”, já consagrado na doutrina e na jurisprudência em *terrae brasiliis*, eis que este seria aplicável apenas aos casos de “crimes bagatelares próprios”.

Ao se explicar a diferença criada pela doutrina entre crimes bagatelares próprios e impróprios; examinar o conceito e aplicabilidade do conjecturado Princípio da Irrelevância Penal do Fato; estudar os pressupostos teóricos que levaram à criação do Princípio da Insignificância e, posteriormente, seu conceito, formas e expressões de aplicação, justificar-se-á a imprescindibilidade de se negar aceitação ao chamado Princípio da Irrelevância Penal do Fato.

Ao final, cumpre dizer que o presente artigo faz uma revisão de literatura com base no método de abordagem dedutivo, utiliza como técnica de coleta de dados a pesquisa bibliográfica a partir de documentos como livros, manuais, códigos e periódicos,

que, proporcionando um novo enfoque sobre o tema, serviram de base para as conclusões do autor.

2 Considerações propedêuticas

2.1 O caráter subsidiário do Direito Penal

No cenário dogmático atual, é certo o consenso de que a função da pena é o epicentro da dogmática jurídico-penal. Isso parece correto, pois, se o crime é o conjunto de pressupostos da pena, a ciência penal deve ser construída tendo em vista sua consequência e os fins daquela. Na explicação de Mir Puig:

Si el fundamento funcional del derecho penal es la necesidad de protección de la sociedad por medio de penas o medidas de seguridad, el primer límite del ius puniendi habrá de encontrarse en esa misma necesidad: más allá de ella el ejercicio del poder punitivo carece de fundamento. (2003, p. 108-109)

Esse princípio antigo¹ e básico de política-criminal possui o sentido de postulado dirigido ao legislador, que nem sempre o respeita, dando azo a uma contradição entre os imperativos *de lege lata* e de *lege ferenda* que permite falar em “abuso do poder-dever de punir” por parte do Estado.

El Derecho penal sólo es incluso en la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema - como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc... (ROXIN, 1997, p. 65)

¹ Afirma Mir Puig que “ello enlazaría con la tradición liberal que arranca de Beccaria y que postula la humanización del Derecho Penal” (*El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 150).

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

De fato, o direito criminal é um remédio sancionador extremo, que só pode ser ministrado quando os outros se mostrarem ineficientes; sua intervenção deve acontecer quando “*fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho.*” (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 108). Isso nos leva a uma visão do direito penal denominada como *ultima ratio*.

El primer principio - derecho penal como ultima ratio - parte de que la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico. Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del derecho penal, menos lesivos que esto para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad. Ante la presencia de estos otros medios, el principio rector debe ser que no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves. Por ello, deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción. (MIR PUIG, 2003, p. 109)

É basicamente esta a ideia que se quer exprimir quando se diz ser o direito criminal “subsidiário” ou “secundário”.

Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico. (ROXIN, 1997, p. 65-66)

Antes de se continuar a explanação, cabe fazer uma pergunta, antecipada por Mir Puig: *¿Es igualmente compatible*

dicho principio con la concepción actualmente dominante del Estado social intervencionista? (1994, p. 150).

Realmente, pode o leitor pensar, em meio à nossa “sociedade pós-moderna”, com a crescente onda de insegurança social, o efetivo aparecimento de novos riscos, a institucionalização da insegurança e sua sensação social, a configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos” (e a consequente identificação da maioria com a vítima do delito), ou, se resumindo em poucas palavras, uma “sociedade de risco” seria razoável a defesa de uma “contração” do direito penal²?

A resposta, em um Estado de Direito compromissado com a dignidade da pessoa humana e com a efetivação de direitos fundamentais, deve ser positiva. Existe uma aparente contradição entre pergunta e resposta. Em um Estado que abandona a posição de árbitro das forças sociais – própria de um Estado liberal clássico – em favor de um Estado social que tende a invadir progressivamente novos âmbitos da vida da sociedade, não seria exigível a ampliação da proteção penal, que se estenderia a novas esferas e intensificariam seu rigor?

Ocorre que a contradição não existe. Pela nova concepção de Estado, são muito mais numerosas as possibilidades de intervenção “positivas”, diferentes da sanção penal³. Diante

² Sobre o ponto, é imprescindível a já clássica obra de SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, *passim*. Quanto à “sociedade de risco”, é de bom alvitre conferir a obra de AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 61 e ss.

³ São exemplos disso as medidas despenalizadoras previstas na Lei n.º. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) e o art. 28 da Lei n.º. 11.343/2006.

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

disso, pode-se inclusive afirmar que a nova ideia de Estado permite reforçar a necessidade de se reservar a pena como *ultima ratio*, último recurso entre os que agora se atribuem ao Estado. A resposta de Mir Puig é magistral:

Al tiempo que [...] hoy suele considerarse positiva una intervención asistencial, tuitiva y de fomento por parte del Estado, se siente rechazo ante la actividad represiva del mismo. No hay en ello contradicción alguna: la admisión de un Estado social, que interviene para procurar bienestar a los ciudadanos, no obliga a postular como deseable un intervencionismo penal que restrinja la libertad del ciudadano más allá de lo imprescindible para su propia protección. Al contrario, en un Estado social al servicio del individuo, la intervención penal sólo se justifica cuando es absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos. (1994, p. 150-151)

Entretanto, caracterizada a natureza subsidiária do direito penal, surge outra indagação: qual o objeto da proteção subsidiária? A que o direito penal visa proteger?

Adentra-se, com esta pergunta, em caminho espinhoso e no qual não há unanimidade na doutrina. Pelo contrário, existe mesmo uma grande divergência.

Apenas como exemplos, Hans Welzel entendia que o direito penal deveria amparar os valores da vida da comunidade, exercendo função ético-social (1956, p. 1). O aluno do Mestre de Bonn, Günter Stratenwerth, vê como a principal razão para que se crie um tipo a indesejabilidade da conduta (*apud* ROXIN, 2007, p. 455). Para Jakobs, o direito criminal protege a validade das normas (2003, p. 47 e ss.). A doutrina majoritária, entretanto,

vê como missão constitucional do direito penal a “proteção subsidiária de bens jurídicos”⁴.

2.2 Proteção Subsidiária de Bens Jurídicos como função do Direito Penal

Se o princípio da subsidiariedade significa a proteção subsidiária de bens jurídicos, a indagação do que viria a ser um “bem jurídico” torna-se uma questão central.

O conceito de bem jurídico⁵ revela suma importância na delimitação do poder-dever de punir estatal, pois através de uma espécie de catalogação de interesses e valores representativos para o homem oferece-se matéria idônea para o trabalho legislativo. Nesse aspecto, o conceito do bem jurídico tem estreita relação com o conceito material de crime⁶.

Dos princípios universais de liberdade, igualdade e fraternidade proclamados com o Iluminismo, em reação ao Absolutismo (que carregava a ideia de uma justiça perseguidora

⁴ Como exemplo, ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 49 e ss.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 61 e ss.; MIR PUIG, *El Derecho Penal*, p. 159 e ss.

⁵ Conforme ensina Luís Greco, existem na doutrina dois conceitos de bem jurídico, um de perspectiva dogmática (que significa o interesse protegido por determinada norma, ou a sua “objetividade jurídica”, conceito este que não apresenta dificuldades, pois onde houver norma, haverá um interesse) e o outro de perspectiva político-criminal (*Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 77-78). O texto que segue tratará do conceito político-criminal de bem jurídico.

⁶ Cf. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 49; DIAS, *Questões*, p. 53 e ss.; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 277 e ss.

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares:
distinção necessária ou criação inoportuna?

e sem limites), fez-se nascer o conceito da atividade protetora do Estado. Sob sua proteção, deviam estar apenas bens de relevo para a prossecução daqueles ideais. A partir desse período é que surgem as tentativas de um conceito material de delito, transistemático, pelo menos com alguma capacidade orientadora e legitimadora. É o elemento incipiente para os trabalhos de Birnbaum, von Liszt e Binding, dentre outros da escola alemã do século XIX, que passam a desenvolver um conceito de bem, com capacidade e idoneidade para ser protegido pela ordem normatizadora.

Atribui-se a Birnbaum o esforço para se abrir a senda de construção do conceito. Renegando a teoria de direito subjetivo de Feuerbach, enveredou-se o autor pelo pensamento da escola histórica, atribuindo valor a certos bens essenciais ao homem como dignos de proteção pelo Estado, para a manutenção do equilíbrio da sociedade (ANDRADE, 1991, p. 37).

A teoria do bem jurídico objetivando estabelecer um limite na tarefa do legislador tende para o positivismo, ganhando contornos mais notáveis na teoria de Binding. Com ele, surge o conceito acabado de bem jurídico (*Rechtsgut*), na sua obra *Die Normen*. Segundo o autor, o bem digno de proteção legal depende do juízo de valor estabelecido pelo legislador. Ou seja, é o legislador quem elegerá a atuação protetiva do direito penal sobre determinado bem ou interesse⁷.

Contudo, da forma como Binding conduziu sua teoria,

⁷ Esse caráter positivista está patente na sua definição de *Rechtsgut*, como “tudo o que, aos olhos do legislador, tem valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos” (*apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 52).

fica excluída a possibilidade de identificação de bens suscetíveis a danos antes do seu enquadramento pelo legislador, uma vez que é a este que caberá dizer a necessidade de intervenção penal ante a possibilidade de danosidade social. Daí pode surgir um imenso perigo: dessa posição marcadamente positivista, é de se esperar arbitrariedades de um legislador sem escrúpulos, aprioristicamente dotado da mais ampla liberdade, perigo este temperado, como salienta Ferreira da Cunha⁸, pelo significado de danosidade social. O bem jurídico é protegido sempre em nome da totalidade, por mais individual que seja, isto é, ele deve ter representação e valor para a sociedade.

Diferente é a ideia de v. Liszt. Ao invés de partir de uma conceituação positivista, este autor entende existir uma situação pré-jurídica na qual os homens identificam a dignidade penal do bem ou do interesse. Nesse passo, os bens e interesses jurídicos são eleitos pelo homem integrado em sociedade. Tratam-se, pois, de requisitos essenciais ao homem ou à comunidade. Os bens jurídicos são, assim, “criações da própria vida, que o direito encontra e a que assegura protecção jurídica” (2006, p. 68, grafia da época).

Esse sistema criado por von Liszt determina o caráter subsidiário da pena, vez que o direito penal fica voltado para a proteção de determinados valores em caráter especialíssimo, como um remédio extremo invocado apenas quando outros meios se mostrem insuficientes. O direito penal atuará como

⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 50. Para a citada autora, Binding “opta claramente pelo positivismo normativista, na medida em que o bem jurídico se identifica com tudo o que como tal for considerado pelo legislador” (*Idem*, p. 51).

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares:
distinção necessária ou criação inoportuna?

ultima ratio da política criminal. Assim, a partir desse estágio, a ciência do direito penal passa a conhecer seus limites de atuação descritiva de obrigações e proibições e protetiva de valores.

Ocorre que, não obstante o esforço de tais doutrinadores (e em especial o de v. Liszt), as teorias dos bens jurídicos acima mencionadas não conseguem responder a algumas questões fundamentais: quem limitará o campo de atuação do Direito Penal? Quais as balizas que servirão de limites para a ciência normativa, que dependerá antes da atividade legislativa? Em quais elementos se apoiará o legislador ao eleger os valores dignos de proteção penal?

Tais perguntas não podiam ser seguramente respondidas com base nas teorias de fundamentação do bem jurídico tradicionais. As respostas para tais questões passam por um conceito de bem jurídico que deve ser capaz de fundamentar, mas ao mesmo tempo restringir o poder de incriminar exercido pelo legislador. Mas de onde extrair tal conceito? Embora muitas propostas tenham sido levantadas⁹, a única que subsistiu procura definir o bem jurídico com arrimo na Constituição. Seguindo tal atitude, firma-se um conceito de bem jurídico vinculante para o legislador, vez que extraído diretamente da Carta Magna, sendo dotado, pois, de hierarquia constitucional. Com precisão, ensina Roxin:

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro

⁹ Sobre tais propostas, ver GRECO, *Modernização do Direito Penal*, 84 e ss.

Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. (1997, p. 55-56)¹⁰

Mas aqui se abre outro problema: o conceito de bem jurídico parece ser dispensável, pois a simples análise dos valores e princípios constitucionais sugestiona-se suficiente para a verificação da legitimidade das normas penais incriminadoras, bastando afirmar que o direito penal só pode tutelar valores acolhidos, ou ao menos não vedados pela Lei Maior.

A impressão, sem embargo, é infundada. Como bem percebeu Luís Greco:

...o bem jurídico-penal, apesar de ser arrimado na Constituição – afinal, doutro modo, não poderia limitar o poder do legislador –, deve ser necessariamente mais restrito do que o conjunto dos valores constitucionais. Nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo direito penal. (2011, p. 83).

Entretanto, as questões ainda não estão respondidas. Se o conceito de bem jurídico não é mero espelho dos valores constitucionais, excluindo alguns deles, como defini-lo?

No atual estágio da dogmática jurídico-penal, o conceito de bem jurídico deve ser tomado sob uma perspectiva que se pode chamar, com boa dose de acerto, de teleológico-funcional e racional. Tal concepção exige que o bem jurídico obedeça a uma série mínima, mas irrenunciável de condições.

¹⁰ No mesmo sentido, cf. MIR PUIG, afirmando que “*Es innegable, por de pronto, que el reconocimiento constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal*” (*El Derecho Penal*, p. 163).

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

Primeiramente, o conceito deve traduzir certa “corporização”, ou seja, um conteúdo material (deve ser substanciável), de modo que se possa configurar em um indicador útil do conceito material de crime. Deve ainda servir de padrão crítico de normas constituídas ou a constituir, vez que somente assim pode ter a pretensão de se arvorar em critério legitimador do processo de criminalização/descriminalização (e aqui vale notar que para ser possível tal desiderato, o bem jurídico só pode surgir não como imanente ao sistema penal e dele resultante, senão antes dele, como noção transcendente e transistemática àquele). Por fim, o bem jurídico há de ser político-criminalmente orientado, e, portanto, também intrassistemático relativamente ao sistema jurídico-constitucional¹¹.

Dito isto, basta determinar de que maneira pode o conceito de bem jurídico obedecer a todos estes requisitos e ainda assim lograr a materialidade e concreção indispensáveis para que se torne utilizável na aplicação do direito penal. A concretização destes indicadores só é possível quando se entende que os bens do sistema social (que em último termo é a fonte legitimadora e produtora da ordem legal dos bens jurídicos) se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional.

Vê-se, então, que um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe somente onde se encontre refletido num valor constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social, se

¹¹ Sobre os requisitos acima elencados como fundamentais ao bem jurídico, ver DIAS. *Questões*, p. 65.

podendo afirmar “preexistente” ao ordenamento jurídico-penal. A ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos, pois, tem de obrigatoriamente de coexistir em relação de mútua referência, não de “identidade” ou de “recíproca cobertura”, e sim de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e de finalidade. Isto ocorre pela simples razão de que a ordem jurídico-constitucional constitui quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da atividade punitiva do Estado.

É, pois, somente nesta acepção que os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal se devem considerar concretização dos valores constitucional expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais¹². Somente por esta via que os bens jurídicos se “transmutam” em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal¹³.

Ex positis, pode-se conceituar o bem jurídico, de maneira um tanto quanto satisfatória como sendo a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido

¹² Cf. DIAS, *Questões*, p. 67, notas 38 e 39 para referências.

¹³ É certo que, como pode o leitor perceber do texto, tal teoria do bem jurídico não fornece uma espécie de tabela que contenha todos os bens jurídicos a serem tutelados. Entretanto, conforme nos diz Ferrajoli, a ideia de que uma resposta à questão axiológica externa sobre “o que proibir” tenha de fornecer um critério positivo de identificação de bens jurídicos que requerem tutela penal, e, portanto, um parâmetro ontológico de legitimação apriorística das proibições e sanções penais é a origem da inadequação da maior parte das definições do bem jurídico formuladas (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 432 e ss.).

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

como valioso¹⁴.

3 Princípio da Irrelevância Penal do Fato

3.1 Conceito e aplicação

A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto

¹⁴ DIAS, *Questões*, p. 63, com referências valiosas na nota 25. Próxima a definição do texto é o conceito de Roxin: são chamados bens jurídicos todos os dados, que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade (*Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35). Valiosa é a observação de Fragoso, ao alertar que o bem jurídico não se confunde com o escopo da norma, nem com o interesse protegido (*Lições*, p. 278-279). As considerações que fiz acima são todas tendo como base a doutrina hoje dominante. Por motivos de honestidade intelectual, entretanto, é de bom tom afirmar que, pessoalmente, não concordo que seja função do Direito Penal a tutela de bens jurídicos (categoria com a qual, diga-se, hoje mantenho grandes reservas, embora dela já tenha sido grande defensor). Em meu entender, e tendo como base ideias pinceladas por Marco Antônio Santos Reis (*O Injusto Penal e os Elementos Subjetivos de Justificação. Discursos Sediosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 17/18, p. 47-77, 2011), o Direito Penal possui a função de declarar e atribuir a alguém a responsabilidade por uma lesão qualificada, voluntária e consciente à possibilidade de livre disposição de uma relação universal (que seja abstratamente autosubsistente e independente, mas que necessariamente seja exemplificável, ou predicável na realidade) e pessoal-intransitiva (que se dirija a uma pessoa humana de modo direto) entre um sujeito e suas condições substanciais e individuais de existência. Tal proposta parece significar, dentro de um Direito Penal liberal, um ganho. Em primeiro lugar, impõe limites bem menos vagos ao legislador. Em segundo lugar, preserva um âmbito inatacável de autonomia individual da pessoa humana. Em terceiro lugar, impede incriminações que tenham como objeto algum interesse puramente estatal e que não guarde uma relação direta com a pessoa. Em quarto lugar, não impõe como meta a preservação de valores morais, senão, em última análise, elege como condições imprescindíveis aquelas relativas à existência e manutenção da vida e do exercício da liberdade individual em suas várias manifestações, desde que não haja violação às condições alheias. Logo, não se trata de um ideário eticizante, mas de uma proposta que entregue nas mãos das pessoas a liberdade para agir dentro de certos limites e, por via de consequência, a responsabilidade pelos fatos praticados. Em quinto lugar, trabalha com categorias mais claras e lógicas do que a teoria do bem jurídico-penal.

limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, este só pode cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada (ROXIN, 2006, p. 33).

Em muitos países, estes princípios básicos estão garantidos legal ou mesmo constitucionalmente. Mesmo onde isso não tenha ocorrido expressamente, eles derivam dos fundamentos da democracia parlamentar, bem como do reconhecimento de direitos humanos e de liberdade que devem ser respeitados em um estado de direito moderno¹⁵. O direito penal deve ser, enfim, a *extrema ratio* de uma política social orientada para a dignificação humana. A intervenção do aparato penal há de pressupor o insucesso de outras instâncias de controle social (família, escola, etc.) e outras formas de intervenção jurídica (civil, trabalhista, etc.). Enfim, a intervenção penal, quer em nível legislativo quer em nível judicial, quando de sua interpretação/aplicação, só se justifica quando realmente imprescindível (QUEIROZ, 2005a, p. 118).

Com base nessa concepção a doutrina cunhou o conceito dos chamados “crimes de bagatela”. Segundo a opinião de Luís Flávio Gomes, “infração bagatelar expressa o fato de ninharia, ou seja, de pouca relevância. A infração bagatelar é uma

¹⁵ ROXIN, *Estudos*, p. 33-34. Justamente nos fundamentos da Democracia Paulo de Souza Queiroz defende a função do Direito Penal como tutela subsidiária de bens jurídicos (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. 2 ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a, p. 118).

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares:
distinção necessária ou criação inoportuna?

conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não necessita da intervenção penal” (2009, p. 15).

Nesses casos, diz Figueiredo Dias, “apesar da realização integral do tipo de ilícito e do tipo de culpa, a ‘imagem global do facto’ é uma tal que, em função de exigências preventivas, o facto concreto fica aquém do limiar mínimo da dignidade penal” (2007, p. 280, grifo do original).

Luís Flávio Gomes subdivide as infrações bagatelares em próprias e impróprias:

Infração bagatelar própria é a que já nasce sem nenhuma relevância penal: ou porque não há desvalor da ação (não há periculosidade na ação) ou porque não há o desvalor do resultado (não se trata de ataque intolerável ao bem jurídico). [...] Infração bagatelar imprópria é a que não nasce irrelevante para o Direito Penal, mas depois verifica-se que a incidência de qualquer pena no caso apresenta-se como totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato). (2009, p. 15-23)

Para o autor, pois, diante de uma infração bagatelar própria não devem ser avaliadas condições pessoais do agente, tais como vida pregressa, antecedentes criminais, culpabilidade etc., pois diante da infração bagatelar própria aplica-se o Princípio da Insignificância, afastando-se, conseqüentemente, o próprio tipo penal. A infração bagatelar própria e o Princípio da Insignificância lidam com critérios puramente objetivos (2009, p. 18).

Já no caso da infração bagatelar imprópria, tem-se em jogo condutas que nascem relevantes para o Direito Penal, pois presentes o desvalor tanto da conduta quanto o desvalor do resultado. Porém, frente às peculiaridades do caso concreto

(tais como vida pregressa favorável, ausência de antecedentes criminais, ínfimo desvalor da culpabilidade, reparação do dano, colaboração com a justiça, dentre outros), a incidência de qualquer pena ao caso concreto pode vislumbrar-se desnecessária e desproporcional (2009, p. 23-24). Vê-se, assim, que a infração bagatelar imprópria trabalha também com critérios subjetivos.

Diante da infração bagatelar imprópria é que o doutrinador entende aplicável o Princípio da Irrelevância Penal do Fato: quando da análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), o juiz deve fixar a pena de acordo com a necessidade e suficiência para prevenção e reprovação do crime e, caso a conduta, o resultado e a culpabilidade sejam bagatelares, a aplicação da reprimenda penal pode torna-se desnecessária e inadequada.

Nota-se que a infração bagatelar imprópria resulta na ofensa de bem juridicamente relevante para o ordenamento jurídico penal. Contudo, por questões político-criminais, mediante a análise das circunstâncias judiciais que envolvem o caso concreto, a aplicação da pena torna-se desnecessária.

O Princípio da Irrelevância Penal do Fato aparenta não ter encontrado grande aplicação pretoriana¹⁶, sendo que o responsável pelo ingresso deste princípio no Brasil é o professor Luiz Flávio Gomes (2009, *passim*).

¹⁶ Cf. o acórdão proferido pelo TJ/PI, nos autos da Apelação Criminal nº. 2011.0001.0023307, Rel. Des. Joaquim Dias Santana Filho, 2ª Câmara Especializada Criminal, j. 13/03/2012, no qual se faz a diferenciação entre os princípios da irrelevância penal do fato e da insignificância, entendendo que aquele seria, em tese, aplicável ao crime de roubo, mas negando sua aplicação no caso concreto. É dificultoso realizar-se um levantamento mais preciso da matéria, já que o Judiciário dificilmente o distingue da insignificância. No REsp 1.159.735-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15/06/2010, o STJ negou aplicação ao “princípio da insignificância” ao crime de roubo, citando vasta jurisprudência do próprio Tribunal e do Pretório Excelso.

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

4 Princípio da Insignificância

O Princípio da Insignificância foi sistematizado principalmente por Claus Roxin (1997, p. 296, 410-411) e decorre em grande parte do sistema funcionalista por ele criado e adotado, razão pela qual entendemos ser pertinente traçar algumas linhas sobre o assunto.

4.1 Pressupostos teóricos

4.1.1 Política Criminal e Direito Penal

A Política Criminal é disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para o eficaz controle do crime. É de suas proposições e mandamentos fundamentais, encontrados no campo de projeção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política social, que será lícito esperar auxílio decisivo no domínio desse flagelo das sociedades atuais que é o crime¹⁷.

A evolução da Política Criminal¹⁸ perante a dogmática jurídico-penal em direção ao seu estado atual foi cumprida quando a concepção própria do Estado de Direito Formal (de natureza liberal e individualista) e do Estado Social (mais preocupado com o funcionamento do sistema social do que com a correta

¹⁷ Cf. DIAS, *Questões*, p. 21. Definição comum nos textos atuais de Criminologia é constituir a Política Criminal o programa oficial de controle social do crime e da criminalidade (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação jurisdicional*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p.1).

¹⁸ Sobre a evolução da Política Criminal, cf. DIAS, *Questões*, p. 27 e ss.

realização de Direito) cederam lugar ao chamado Estado de Direito Material (DIAS, 1999, p. 33).

Se há algo pacificamente reconhecido desde há muito tempo e por toda parte, é que, no estudo da infração criminal se depara com um fenômeno extremamente complexo, que revela não só condicionalismos exógenos, mas também de substratos endógenos componentes da mais diversificada realidade: a humana (DIAS, 1999. p. 22). Isto faz compreender que, ao longo sobretudo do século XIX, quando se estabeleceu o pensamento científico moderno, o crime se tenha tornado objeto de uma multiplicidade de ciências¹⁹; antes de tudo, é natural, da dogmática jurídico-penal e suas “disciplinas auxiliares” (história, filosofia, metodologia jurídico-penal, etc.), mas também da generalidade das ciências sociais e humanas, a ponto de ter dado lugar ao surgimento de uma vasta gama de disciplinas relacionadas com tal fato social (sociologia criminal, antropologia criminal, psicologia criminal, etc.). A este conjunto vastíssimo de disciplinas científicas que compartilham o crime como objeto, chamou v. Liszt de “enciclopédia das ciências criminais” (DIAS, 1999. p. 22).

Sem embargo, até o final do século XIX, defendia-se que a hoje denominada dogmática jurídico-penal era a única ciência que servia a aplicação do direito criminal e, por conseguinte, a única que o penalista podia e devia legitimamente

¹⁹ Essa tendência de diálogo entre as várias ciências que possuíam um objeto em comum (neste caso, o crime), foi, aliás, percebida por Max Weber, que sobre ele fez interessante observação: “...aos especialistas de disciplinas afins podemos aventar perguntas úteis, que eles não se teriam formulado com facilidade, caso partissem de seu próprio ponto de vista, no entanto, em contradição, nosso trabalho pessoal permanecerá inevitavelmente incompleto” (*Ciência e Política: Duas Vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 32).

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

cultivar²⁰. Foi mérito de v. Liszt ter criado, na base das especiais relações intercedentes entre estes muitos pensamentos acerca do crime, o modelo tripartido do que chamou “ciência conjunta do direito penal” (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), que compreenderia como ciências autônomas a ciência estrita do direito penal, a criminologia e a política criminal, ideia esta que não conseguiu se impor no âmbito da doutrina (DIAS, 1999, p. 24.), que a acusou de abandonar o “solo firme da lei”, do seu tratamento dogmático-sistemático, do seu conhecimento e da sua aplicação precisos, para, cedendo a “impulsos diletantes” penetrar no terreno movediço e interdito a juristas enquanto tais das investigações de caráter político e científico-natural. Apesar de tais críticas, a ideia foi incorporada ao longo do século XX, constituindo-se em ponto de referência obrigatório para uma exata compreensão do estatuto de mútuo relacionamento da dogmática jurídico-penal, da política criminal e da criminologia.

Não obstante tal aceitação, desde o momento no qual v. Liszt cunhou a ideia de ciência conjunta do direito criminal até hodiernamente, não é pacífico o “estatuto” que dentro dela deve caber à política criminal, o que se deve, segundo Figueiredo Dias (1999, p. 26-27) a dois fatores: à evolução que sofreram tantos os supostos metodológicos como a própria compreensão do sentido, objeto e função da dogmática, da política criminal e da criminologia dentro do sistema social e; à evolução da

²⁰ Relembre-se Nelson Hungria, conclamando professores e estudantes de direito, para uma “doutrina de Monroe”: “o direito penal é para juristas, exclusivamente para os juristas. A qualquer indébita intromissão em nosso *Lebensraum*, façamos ressoar, em toque de rebate, nossos tambores e clarins!” (*Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945, p. 15).

compreensão do sistema social no contexto do sistema social, ele no contexto próprio de um Estado de Direito.

Quando de um Estado de Direito Formal, de natureza liberal e individualista, era a ciência do direito criminal que devia continuar a ocupar o primeiro lugar na hierarquia das ciências penais. Como era fruto do reconhecimento do próprio v. Liszt, de que a política criminal se devia remeter e limitar sua atuação à função de revelar os caminhos de reforma penal, de atuar exclusivamente, por conseguinte, ao nível de *iure constituendo*²¹, ela não detinha competência para influenciar, de qualquer forma, a compreensão, sistematização, e em definitivo a aplicação das normas penais, não se encontrando titulada para agir ao nível de *iure constituto* (2006, p. 112 e ss.).

Era o tempo de um Estado subordinado a esquemas rígidos de legalidade formal e processual, mas alheio à valoração das conexões de sentido, dos fundamentos axiológicos e das intenções de justiça material ínsitos nos conteúdos definidos através daqueles esquemas (DIAS, 1999, p. 29). Outrossim, era o império ilimitado da metodologia jurídica de inspiração positivista, ainda que enriquecida pela dimensão social (na qual insistiu v. Liszt). A competência para definir o sentido e os limites da punibilidade não podia pertencer a quaisquer outras instâncias que não as normas legais advindas da vontade do legislador histórico (BATISTA, 2007, p. 34 e ss.). Desta feita, para a política

²¹ Dando esta função à Política Criminal, LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal: parte geral: com observações à nova Parte Geral do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 20. No mesmo sentido MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1954, p. 64, com referências. Também BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 33; e GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Vol. I. Tomo I. 4 ed. São Paulo: M. Limonad, s/d, p. 37.

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

criminal restava a função de, baseada nos conhecimentos da análise da realidade criminal, naturalística e empírica dirigir ao legislador recomendações e propor-lhe diretivas em tema de reforma penal.

No que tange, entretanto, a uma incidência direta sobre o direito penal, esta só podia ser alcançada dentro de um certo ordenamento jurídico-positivo, subordinada à aparelhagem conceitual e à plenitude sistemática daquele e sem que sobre o sistema e os seus conceitos pudessem exercer qualquer influência direta. (DIAS, 1999, p. 29)

O Estado de Direito Formal foi, paulatinamente, substituído pelo paradigma de Estado Social, que atenua (sem abandonar) as exigências de uma legalidade formal em favor da promoção e realização das condições de desenvolvimento harmônico e equilibrado do sistema social, representando o domínio absoluto do social e certo menosprezo do jurídico. A esta altura, é evidente, tinha chegado o momento da independência da política criminal face ao direito penal e à sua dogmática. A função integrativa da ciência do direito penal era agora substituída pelo sistema social, como máximo denominador comum da política penal, criminologia e da ciência do direito penal. Não é por acaso que se sublinha a diversidade de objeto e método existente entre a política criminal e o direito penal, tendo o estudo da primeira sido modificado para as Faculdades de Ciências Políticas e Sociologia.

Tal concepção apresentou certas vantagens em relação à anterior, em especial a compreensão de que o jurídico e a dogmática não são algo de diferente e separado do sistema

social, bem como se entende que a política criminal não seja uma simples “ciência auxiliar” do direito penal e sua dogmática.

Há, porém, que se reconhecer o grande custo que se pagou por tal compreensão. Nas palavras de Figueiredo Dias:

O simples diálogo entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal torna-se impossível, ou se possível for, transforma-se num diálogo de surdos. Numa palavra, à desejável *cooperação* entre as ciências integrantes da antiga ‘ciência conjunta’ do direito penal substitui-se a *ignorância mútua* própria de ‘*frères ennemis*’. (1999, p. 29, grifos do original)

Isto significa que quando as proposições político-criminais se dirigirem em um sentido diferente daquele que o jurista considere ser legalmente imposto, a solução referente a qualquer caso penal será sempre o abandono das conclusões mais corretas do ponto de vista político-penal (que terão de esperar sempre por uma futura reforma penal) em favor daquelas que permitam uma fácil redução conceitual e uma integração sem entraves no sistema jurídico. Como se vê, nesta “guerra” quem sempre perderá serão os comandos da política criminal, tendo esta sempre que ceder ou adaptar-se, no plano de aplicação, às exigências do direito, limitando-se a jogar no campo que por estas lhes seja definido (DIAS, 1999, p. 32).

É perceptível, pois, que apesar de todas as modificações fundamentais, a política criminal não deixa de ser uma “ciência auxiliar” competente para a reforma penal.

A mudança fundamental do estatuto desempenhado pela política-criminal só viria a lume quando da mudança do

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares:
distinção necessária ou criação inoportuna?

Estado de Direito Formal e Social para o atual e democrático Estado de Direito Material²².

E isso se deu, principalmente – por mais paradoxal que possa parecer –, em razão da mudança sofrida pela função da dogmática jurídico-penal, a qual se viu “alargada” para tentar adequar-se ao anseio de justiça efetiva ínsita ao Estado Democrático de Direito Material.

Com o advento do Estado de Direito Material, a dogmática teve de se remodelar. A mudança de paradigmas foi muito bem exposta por Figueiredo Dias, com a metáfora de que:

O jurista-penalista desce da sua mansarda até a sala nobre do solar: ele não mais é considerado simplesmente um fazedor de silogismos, que se limita a deduzir do texto da lei as soluções dos concretos problemas jurídicos da vida, antes alguém sobre quem recai a enorme responsabilidade de se dar à aventura de procurar e encontrar a solução mais justa para cada um daqueles problemas. (1999, p. 34)

Volta à baila, como se vê, a questão metodológica, em especial saber até onde o “pensamento do problema” se pode introduzir no (ou mesmo se sobrepor ao) “pensamento do sistema”, ganhando destaque as vertentes normativas e ônticas,

²² Nas palavras de Figueiredo Dias, sob esta designação quer-se compreender “todo o Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa, por isso, antes de tudo com a consistência efectiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, económicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um.” (*Questões*, p. 33).

ou lógico-materiais²³.

A matéria de regulamentação jurídica e de consideração dogmática não retira o seu conteúdo de sentido da valoração do legislador ou do aplicador. Antes, é previamente dada através de princípios e estruturas ônticas (e nisso estavam certos os finalistas ao dizer que a lei penal não pode desconhecer estruturas ontológicas independentes do direito)²⁴.

Mas ao se reconhecer isso, nem se resolve o problema jurídico, nem se dá razão à vertente ôntica – até mesmo porque vários “normativistas” se utilizam de dados empíricos na construção do sistema, como Roxin (2006. p. 63). Sempre será necessário escolher, entre os diversos sentidos de juridicidade que os dados apriorísticos permitem, através de uma valoração autônoma, aquele sentido que deve constituir o fundamento da regulamentação ou resolução do concreto problema jurídico penal em causa. E quanto a tal critério de valoração, não é bastante afirmar que o legislador o escolheu com inteira liberdade e que o intérprete terá de buscá-lo na lei. A solução é alcançada por uma via apontada para a “descoberta” (*hoc sensu*, a “criação”) de uma solução justa do caso concreto e simultaneamente adequada ao (ou comportável pelo) sistema jurídico-penal, o qual supõe a “penetração axiológica” do problema penal, que, no campo da dogmática, tem de ser feita buscando-se valorações político-criminais (DIAS, 1999, p. 35).

Resta claro, pois, que à dogmática penal cabe encontrar soluções justas e adequadas para os concretos problemas da vida de relação comunitária (i.e., o “pensamento do problema”

²³ Sobre o tema, ver a brilhante exposição de DIAS, *Questões*, p. 34 e ss.

²⁴ Cf. SANTOS, *A moderna teoria*, p. 7, nota 22, com referências.

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares:
distinção necessária ou criação inoportuna?

ocupa posição preponderante em relação ao “pensamento do sistema”). No caso de a solução encontrada para o caso se revelar disfuncional à luz da própria teleologia político-criminal imanente ao sistema, a “justiça do caso” deve sobrepor-se a considerações puramente sistemáticas, mas deve também conduzir ao reexame ou ao reajustamento do significado meramente operacional e coadjuvante dos conceitos para a aplicação do direito.

Assim, se revela verdadeiramente o sistema jurídico-penal, antes que ‘cerrado’, um ‘sistema aberto’: um sistema que a cada dia se vai refazendo porque em cada dia a dogmática vai sendo confrontada com novos problemas; ou com problemas velhos mas que, à luz de uma nova ou mais perfeita compreensão da teleologia, da funcionalidade e da racionalidade do sistema, reclamam novas soluções. (DIAS, 1999. p. 40)

Esta transformação do Estado de Direito em Estado de Direito Material e o conseqüente alargamento da função da dogmática penal permitiu à Política Criminal não somente reforçar sua autonomia já adquirida, mas também galgar uma posição de domínio e até de transcendência face à dogmática e dessa posição resultam algumas conseqüências fundamentais que dão o real significado do papel atualmente exercido pela Política Criminal no novo contexto de uma Ciência Conjunta do Direito Penal.

A primeira conseqüência que pode ser atribuída é a de que as categorias e os conceitos básicos de toda a dogmática jurídico-penal passam a ser, agora, determinados e moldados a partir de preposições político-criminais e da função que lhe é atribuída no sistema, ao invés de serem simplesmente

“influenciados” ou “penetrados” pela mesma. Isso significa dizer que quando a dogmática estuda os conceitos da infração penal (como ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade) não deve tomá-los de per si (por si e em si mesmos) ou os fazer derivar de qualquer fundamento que não as unidades funcionalizadas à consecução dos propósitos e finalidades (o thelos) político-criminal que o próprio sistema político criminal lhes assinala.

Nas palavras de Roxin:

...las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal. (2002. p. 58)

Diante do susomencionado, pode-se perceber a segunda consequência que deve ser destacada: de ciência competente para as tarefas da reforma penal, a política criminal se torna competente para definir os limites da punibilidade, o que faz respeitando os princípios estruturais do Direito Penal. Por isso, diz Roxin que o Direito Penal é mais a forma por intermédio da qual as proposições político-criminais se vazam no *modus* da validade jurídica²⁵. Não há, portanto, sentido em se manter conceitos dogmáticos quando não estejam tratados em termos que não se adequem, funcionalmente, às exigências político-criminais, o que só viria a tornar a dogmática uma peça decorativa inútil e falsa.

É nesse sentido que se posiciona Roxin:

²⁵ Nas palavras do Mestre de München, “*El Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica*” (ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed., 1ª reimpr. Buenos Aires: Hamurabi, 2002, p. 101).

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica. Un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como con el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socio estatal. Muy claramente se pone esto de relieve en la reforma del sistema de sanciones jurídico-penales y de la ejecución de la pena: resocializar no significa introducir sentencias indeterminadas o disponer a capricho del condenado para tratamientos estatales coactivos. Más bien, únicamente satisface la reforma al mandato constitucional, si al mismo tiempo fortalece la situación jurídica del condenado con la introducción de modernos métodos de terapéutica social y se reestructura jurídicamente la especial relación de poder que hasta ahora ha sido poco accesible a la especulación jurídica. (2002, p. 49-50)

As duas conclusões acima alinhadas permitem se chegar a um pensamento claro: se a dogmática jurídico-penal deve ser determinada a partir de proposições político-criminais e se é à Política Criminal que cabe definir as fronteiras da punibilidade, surge a Política Criminal como uma ciência transdogmática e transistemática em face de qualquer direito positivo. Sua função, portanto, seria servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e sua legitimação. Isto quer dizer que a Política Criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e, desta feita, a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização (DIAS, 1999, p. 42).

4.1.2 O sistema funcionalista teleológico-racional de Direito Penal

“El camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal.” (ROXIN, 2002, p. 49). Com esta frase, inaugura-se uma nova era em termos dogmáticos: a era do sistema funcionalista ou teleológico-racional do delito.

Los defensores de esta orientación están de acuerdo - con muchas diferencias en lo demás - en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal. (ROXIN, 1997, p. 203)

Numa clara mudança de paradigmas, Roxin prega uma aproximação entre dogmática e Política Criminal²⁶. Trata-se, portanto, de um sistema orientado a valores, o que, diferente do suscitado por alguns setores, não necessariamente conduz ao arbítrio, uma vez que se nutre de premissas constitucionalmente assentadas. Noutras palavras, opera-se verdadeira funcionalização das categorias do delito, de modo que cada qual logre realizar uma meta político-criminal – não é demais repetir – adstrita à Carta Maior.

²⁶ Diz o professor Roxin: *“Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud político-criminal es, desde un principio, imposible y también pierde su sentido el voluble procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre la labor criminológica y la dogmática jurídico-penal: pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de lege lata o ferenda, es un proceso, cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo.”* (Política criminal, p. 101-102).

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

A principal característica do sistema funcionalista de Roxin²⁷ é a sua tonalidade político-criminal. Segundo este autor, era incompreensível que a dogmática penal continuasse a seguir piamente o conhecido dogma lizteano, segundo o qual o direito penal é a fronteira intransponível da Política Criminal (2002, p. 31). Política criminal e Direito Penal deviam integrar-se, trabalhar juntos, sendo o trabalho do dogmático identificar qual a valoração político-criminal subjacente a cada conceito da teoria do delito, e “funcionalizá-lo” (construí-lo e desenvolvê-lo para que atenda essa função da melhor maneira possível).

Roxin entende que a valoração político-criminal não é mais que o fundamento dedutivo do sistema. Esta valoração deve ser complementada por um exame minucioso da realidade e dos problemas com os quais se defrontará o valor, a ser concretizado em diferentes grupos de casos, o que trará consequências variáveis, dependendo das peculiaridades da matéria regulada. O pensamento roxiniano deve ser compreendido como uma síntese do ontológico e do valorativo, devendo o jurista proceder dedutiva e indutivamente ao mesmo tempo (1997, p. 216 e ss.).

A teoria dos fins da pena adquire valor fundamental no sistema funcionalista. Se o delito é o “conjunto de pressupostos da pena”, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência e os fins daquela. A pena retributiva é desde logo rechaçada (ROXIN, 1997, p. 81 e ss.), afirmando-se uma pena

²⁷ É de grande importância, lembrar ao leitor que não existe “o funcionalismo” e sim “um modelo funcionalista”, que varia segundo cada autor. A orientação funcionalista que será adotada no texto é a concepção *roxiniana*. Vale citar, como defensores de outros modelos funcionalistas: JAKOBS, Günther. *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*. Madri: Editorial Civitas, 1996, p. 18 e ss.; DIAS, *Questões*, p. 202 e ss.; MIR PUIG, Santiago. *Introducción A Las Bases Del Derecho Penal*. 2 ed. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 275 e ss.

puramente preventiva como proteção de bens jurídicos, operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral), ou sobre o autor do delito (prevenção especial). Sem embargo, enquanto as concepções tradicionais da prevenção geral visavam a, em primeiro lugar, intimidar potenciais criminosos (prevenção geral negativa), na teoria funcionalista é ressaltada, em primeiro lugar, os efeitos que teria a pena sobre a “população respeitadora do direito”, que tem sua confiança na vigência fática das normas e dos bens jurídicos reafirmada (prevenção geral positiva)²⁸. Em adição a esta finalidade, principal legitimadora da pena, surge a prevenção especial (ROXIN, 1997, p. 95 e s.). E a categoria do delito que mais vem sendo afetada pela ideia da prevenção é a da culpabilidade.

Tais considerações advindas do sistema de delito Funcionalista de Roxin trazem importantes modificações à Teoria do Delito.

O conceito de ação deixa de ser a pedra central da teoria

²⁸ A teoria da prevenção geral positiva é, atualmente, francamente majoritária, inclusive entre penalistas não adeptos do funcionalismo. Entre os funcionalistas, podem ser citados, além de Roxin: MIR PUIG, *El derecho*, p. 129 e ss.; DIAS, *Questões*, p. 129 e ss. Entre os não funcionalistas, destacam-se: WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p.1. (embora o mesmo se diga adepto da teoria retributiva, conforme se vê da leitura das p. 234 e ss., hoje é comum caracterizá-lo como defensor da prevenção geral, como se depreende de QUEIROZ, *Funções*, p. 38); CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. 2 ed. Madrid: Technos, 1981, p. 17; HASSEMER, Winfried; CONDE, Muñoz Francisco. *Introducción a La criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 101-102 e 162.

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

do delito²⁹. Reconhece-se que, se o que importa são primariamente considerações valorativas, não há como esperar de um conceito de ação pré-jurídico as respostas para os intrincados problemas jurídicos, e nisso praticamente todos os funcionalistas estão todos de acordo (GRECO, 2008, p. 147 e ss.).

O tipo é renormativizado, especialmente por considerações de prevenção geral (ROXIN, 1997, p. 218 e ss.). Entende-se que um direito penal preventivo só pode proibir ações que parecem, antes de sua prática, perigosas para um bem jurídico, do ponto de vista do observador objetivo. Ações que *ex ante* não sejam dotadas da mínima periculosidade não geram riscos juridicamente relevantes, sendo, portanto, atípicas (ROXIN, 2006, 31 e ss.).

Produto da construção funcionalista-teleológica é também a Teoria da Imputação Objetiva, que reformula o tipo objetivo, exigindo, ao lado da causação da lesão ao bem jurídico, que esta lesão surja como consequência da criação de um risco não permitido e que esse risco se realize no resultado (ROXIN, 1997, p. 362 e ss.; *Idem*, 2006, p. 101 e ss.).

No que tange à antijuridicidade, com a renormativização do tipo novamente se confundiram os limites entre este e a antijuridicidade, fazendo copiosa gama de autores adotar a teoria dos elementos negativos do tipo, para a qual as causas de justificação condicionariam a própria tipicidade da conduta. Frise-

²⁹ É certo que alguns autores não funcionalistas também diziam não servir o conceito de ação como pedra de toque da teoria do crime (cf. BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito Penal: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 61 e ss.), mas não há como negar que foi com o Funcionalismo que tal tendência veio a consolidar-se, não faltando autores que inclusive desprezem por completo o conceito de ação (por todos, DIAS, *Questões*, p. 214-216).

se, entretanto, que Roxin não é um de seus partidários, dentre outros motivos, por entender que tipicidade e antijuridicidade não esgotam seu significado na averiguação e comprovação do injusto, tendo especiais funções político-criminais que correm o risco de se perder caso se confunda os limites dos institutos³⁰.

A culpabilidade passa a ser vista como realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário das normas (ROXIN, 2006, p. 138 e ss.). Vão diminuindo paulatinamente os adeptos da reprovabilidade social como fundamento da culpabilidade, ao passo em que surgem concepções que a funcionalizam, colocando-a em estreitas relações com os fins da pena (prevenção geral positiva e prevenção especial). Por incumbir à culpabilidade a decisão final sobre se a punição é merecida – e em qual medida –, não pode ela ser compreendida em separado dos fins da pena. Juntamente com a culpabilidade, deve ser analisada a necessidade de pena segundo critérios de prevenção geral, formando-se a categoria da responsabilidade (ROXIN, 2006. p. 85-99 e 154 e ss.; 1997, p. 204, 222-223 e 788 e ss.).

Grosso modo, e sem pretender uma análise exaustiva, estas são as principais características do sistema funcionalista criado por Roxin, que servirá de modelo para o desenvolvimento das assertivas do presente estudo.

³⁰ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 218 e ss., e 284 e ss. Não obstante, o próprio Mestre de Munique afirma que a Teoria dos Elementos negativos do tipo “no sólo es lógicamente practicable, sino que también tiene en el aspecto teleológico muchas ventajas a su favor: pues desde la perspectiva del tipo como la ratio essendi del injusto no hay ninguna razón para sustraerle una parte de los elementos esenciales para el injusto; y además, frecuentemente sólo es una cuestión de redacción estilística casual de la ley el que una circunstancia sea ubicada ya en el tipo como fundamentadora del injusto o sólo en la antijuridicidad como excluyente del injusto” (*Idem*, p. 285).

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

4.2 Conceito e aplicação

O princípio da insignificância decorre do sistema funcionalista de Roxin, impregnado de considerações político-criminais e de prevenção geral. Tal princípio atua como “instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crime sine lege...*” (VICO MANÃS, 1994, p. 56).

Nos casos dos chamados crimes de bagatela, a lesão ao bem jurídico é de tão pouca monta que a intervenção penal não se justifica, seja do ponto de vista político-criminal, seja do ponto de vista preventivo geral. Em casos deste jaez, o modelo funcionalista deixa transparecer a ideia de que “...o comportamento é um tal que, apesar do conteúdo do tipo de ilícito e do tipo de culpa que contém, se não revela *na sua globalidade*, segundo o desvalor ético-social do seu substrato, comunitariamente insuportável.” (DIAS, 2007, p. 675-676, grifos do original).

Tal princípio decorre da própria natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal (VICO MANÃS, 1994, p. 56; DIAS, 2007, p. 676), elevada à posição de destaque no modelo funcionalista.

A ação lesiva ao bem jurídico, nesse caso, embora formalmente típica, deve ser considerada como materialmente atípica, segundo a maior parte da doutrina (ROXIN, 1997, p. 296

e 411; QUEIROZ, 2005, p. 38-40; VICO MAÑAS, 1994, p. 56)³¹.

Isto porque a lesão (ou perigo de lesão) ao bem jurídico dotado de dignidade penal faz parte do tipo objetivo: quando o legislador cria o tipo penal, está dando uma ordem ao cidadão no sentido de que se o bem tutelado sofrer lesão (ou perigo de lesão) configurar-se-á o crime descrito (ROXIN, 1997, p. 218; 2002, p. 25). E a lesão relevante não é qualquer importunação do bem jurídico, já que há necessidade de orientação político-criminal do que interessa ao direito penal, devendo sempre se ponderar a violência e os reflexos do direito penal com os dos demais ramos do direito.

Novamente a lição de Roxin deve ser invocada, quando nos lembra o mestre teutônico que, mesmo nos casos em que um comportamento tenha de ser impedido, a proibição através de pena só será justificada se não for possível obter o mesmo efeito através de outros meios menos gravosos (2006, p. 52). Deve o julgador, antes de aplicar a pena criminal, verificar a possibilidade de fazer uso de três alternativas: (a) pretensões de indenização de direito civil, que muitas vezes bastam para regular os prejuízos (e, acrescento, muitas vezes é mais útil à vítima do ilícito do que a própria pena de prisão do infrator, que em nada lhe serve);

³¹ Parte menor da doutrina sustenta – ao nosso ver, com razão – que o princípio não exclui a tipicidade material da conduta, e sim a sua punibilidade. Neste sentido é a opinião de Figueiredo Dias: “[o] **princípio da insignificância** ou **princípio bagatelar** nos parece assumir o carácter de um princípio regulativo com especial incidência em matéria de ‘punibilidade’ [...] na generalidade dos casos de actuação do princípio da insignificância ou bagatelar o tipo de ilícito e o tipo de culpa devem ser afirmados, mas deve ser **negada a dignidade penal do facto como um todo** na nossa aceção, e, conseqüentemente, a sua **punibilidade**.” (*Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 676-677, grifos e grafia do original).

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

(b) medidas de direito público para garantir a segurança dos cidadãos (como, p.ex., fechamento de determinados bares que vendem bebida alcoólica após determinado horário); e (c) atribuir ações de lesividade social reduzida a um direito de contravenções especial (substituição da pena privativa de liberdade por multa, p.ex.).

Vê-se, assim, que quando se estiver de frente a um caso concreto, deve-se sempre indagar se houve lesão considerável ao bem tutelado.

Conforme salienta Figueiredo Dias (2007, p. 676-677), parte significativa da doutrina e jurisprudência aceitam que, em geral, não é merecedora de pena a lesão insignificante de um bem jurídico. No Brasil, essa aplicação tem se restringido, sobretudo, a crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça, como bem notado por Paulo Queiroz (2005, p. 39).

O Supremo Tribunal Federal tem entendido aplicável ao direito brasileiro o referido princípio, desde que preenchidos os seguintes requisitos: (a) conduta minimamente ofensiva do agente; (b) ausência de risco social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica (HC 104.530/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 14/02/2013).

5 Princípio da Irrelevância Penal do Fato e Princípio da Insignificância

5.1 As supostas diferenças entre os institutos

Vistos ambos os institutos, passamos a analisar as

supostas diferenças existentes entre eles. Luiz Flávio Gomes assim as expõe:

Os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, a propósito, não ocupam a mesma posição topografia dentro do Direito Penal: o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material do fato (ou porque a conduta não é juridicamente desaprovada ou porque há o desvalor do resultado jurídico); o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto). Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a tipicidade material); o outro diz respeito à (desnecessidade de) punição concreta do fato. O princípio da insignificância tem incidência na teoria do delito (aliás, afasta a tipicidade material e, em consequência, o próprio crime). O outro pertence à teoria da pena (tem pertinência no momento da aplicação concreta da pena). O primeiro correlaciona-se com a chamada infração bagatelar própria; o segundo corresponde à infração bagatelar imprópria. O primeiro tem como critério fundante o desvalor do resultado e/ou da conduta (ou seja: circunstâncias do próprio fato), o segundo exige sobretudo, desvalor ínfimo da culpabilidade (da reprovação), assim como o concurso de uma série de requisitos *post factum* que conduzem ao reconhecimento da desnecessidade da pena no caso concreto. (2009, p. 30)

Resumidamente, se vê, segundo entende Luiz Flávio Gomes, os Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato são distintos, sobretudo, porque a aplicação do Princípio da Insignificância resulta na exclusão da tipicidade material do fato, enquanto que a aplicação do Princípio da Irrelevância Penal do Fato resulta na não exigibilidade da aplicação da pena, em decorrência da desnecessidade da punição concreta do fato pelo Direito Penal.

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

5.2 A impossibilidade de aceitação do Princípio da Irrelevância Penal do Fato

Contudo, essas diferenças apontadas, segundo pensamos, não se sustentam quando confrontadas suas bases dogmáticas.

Vê-se acima que Luiz Flávio Gomes aponta as seguintes características como parte fundante do princípio da irrelevância penal do fato: (a) é causa excludente de pena; (b) pertence à teoria da pena; (c) relaciona-se à infração bagatelar imprópria; (d) exige desvalor ínfimo da culpabilidade e outros requisitos *post factum* que conduzem ao entendimento de desnecessidade de pena no caso concreto.

Afirma-se que o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente e pertence à teoria da pena. Não obstante, conforme afirma o próprio professor Luiz Flávio Gomes, a razão de ser do princípio é a ideia de desnecessidade de pena no caso concreto. Ocorre que a desnecessidade de pena no caso concreto é parte integrante do conceito de responsabilidade roxiniano (formado pela culpabilidade – entendida como agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário das normas – e a necessidade preventiva de pena³²), o qual pertence à teoria do delito, e não da pena. Mesmo autores que não compartilham da categoria da responsabilidade cunhada por Roxin entendem que considerações acerca da (des)necessidade de imposição de pena no caso concreto fazem parte da teoria do delito, como Figueiredo Dias (2007, p. 676-677).

³² Cf. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 222-223, 788 e ss.; *Idem*, *Estudios*, 85 e ss.

Com isso, derrubam-se os pontos (a) e (b), já que tal princípio não pertenceria à teoria da pena e nem redundaria em sua simples dispensa (e sim na exclusão da responsabilidade – o que faria desaparecer o próprio caráter criminoso do fato – ou da punibilidade, ambas anteriores ao momento da aplicação concreta da pena pelo juiz).

Quanto ao ponto (c), não nos parece correta a existência da infração bagatela imprópria. Isso porque os chamados crimes de bagatela são considerados como não dotados de dignidade penal por considerações de subsidiariedade e de ausência de grande lesividade social. Como diz Roxin, apenas ações que *in abstracto* não menoscabem o bem jurídico protegido podem ser considerados como crimes de bagatela (1997, p. 411). “...*sólo una interpretación estrictamente referida al bien jurídico y que atienda al respectivo tipo (clase) de injusto deja claro porqué una parte de las acciones insignificantes son atípicas y a menudo están ya excluidas por el propio tenor legal.*” (ROXIN, 1997, p. 297). Se as chamadas infrações bagatelares impróprias já nascem impregnadas de desvalor da ação e do resultado, como afirma o próprio Luiz Flávio Gomes, não é possível dizer que não seja considerado materialmente típico o resultado. Considerações acerca da desnecessidade de pena podem influenciar a categoria da responsabilidade ou punibilidade, mas não transformar em bagatela um fato penalmente reprovável.

Por fim, diz Luiz Flávio Gomes que o princípio da irrelevância penal do fato exige desvalor ínfimo da culpabilidade e outros requisitos *post factum* que conduzem ao entendimento de desnecessidade de pena no caso concreto.

Os chamados requisitos *post factum*, segundo o autor, seriam as circunstâncias judiciais insertas no art. 59 do CP. Ocorre que grande parte dos principais indicadores desse artigo dizem respeito ao desvalor da ação (“motivos” e “circunstâncias” do crime, “comportamento da vítima”) ou do resultado (“consequências do crime”), desvalores esses que pertencem ao tipo (ROXIN, 1997, p. 319 e ss.; WELZEL, 1956, p. 70 e ss.) e, portanto, servem para fundamentar o juízo de insignificância, e não de irrelevância, segundo a distinção traçada pelo próprio autor. Além do mais, o desvalor ínfimo da culpabilidade e as demais considerações sobre a necessidade de pena, já se disse, são componentes da teoria do delito, servindo como excludente de exculpação, e não como meros motivos para isenção de pena; outrossim, como parte integrante da teoria do delito, sequer poderiam ser levados em consideração para a aplicação dele, já que ele só teria incidência na teoria da pena.

Somado a tudo isso, não julgamos ser correto, seja do ponto de vista político-criminal, seja por considerações de prevenção geral, estender o tratamento excepcional dado aos delitos bagatelares a crimes cujo desvalor da ação e resultados não podem ser postos em dúvida razoável, tais como o roubo (art. 157 do CP), como pretende Luiz Flávio Gomes. Isso não seria consentâneo com a missão de proteção de bens jurídicos desempenhada pelo Direito Penal. Nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, não é possível se entender que haja “lesividade socialmente irrelevante”, pois qualquer lesão à integridade física ou à liberdade de um ser humano deve ser reprimida, por mais ínfima que possa parecer.

Trata-se de valores protegidos constitucionalmente (art. 5º, *caput*, da CRFB), que integram o cerne da dignidade da pessoa humana, valor erigido a fundamento da República (art. 1º, III, da CRFB) e que não podem ser violados por outrem, salvo quando presente justificativa constitucional para tanto, o que, é despiendo lembrar, não ocorre nos casos de ilícito penal.

6 Conclusão

O princípio da subsidiariedade do direito penal e a sua missão de proteção de bens jurídicos dotados de dignidade penal, elevados a lugar de destaque no sistema funcionalista de delito, fazem surgir a possibilidade de se excluir a tipicidade material (ou a punibilidade) dos fatos que não provoquem lesão considerável ao bem jurídico tutelado.

O suposto princípio da irrelevância penal do fato, trazido à baila por Luiz Flávio Gomes, peca por não possuir bases dogmáticas sólidas, o que finda por retirar qualquer relevância: o que ele possui de acertado, nada mais é que mera duplicação do princípio da insignificância, o qual já resolve satisfatoriamente os casos concretos; no que ele possui de equivocado, melhor seria que ele não existisse, sob pena de proteção deficiente da dignidade da pessoa humana, de sua integridade e liberdade física.

É necessário, então, abandonar-se a ideia de tal princípio, restando ao operador do direito a análise apenas da existência de insignificância penal, por meio dos requisitos já fixados jurisprudencialmente, tudo de forma a compatibilizar de maneira ótima o princípio da subsidiariedade e dignidade

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

do bem jurídico penal com o poder-dever de punir do Estado e o princípio da proporcionalidade em sua faceta de vedação à proteção deficiente.

“Principle of criminal irrelevance of fact”, principle of insignificance and crimes of bagatelles: necessary distinction or untimely creation?

Abstract: This article deals with the Principle of Criminal Irrelevance of Fact and the Principle of Insignificance, which would, in theory, applicable to cases of so-called “crimes of bagatelles.” Along these lines, discusses the issue up with the following question: the so-called Principle of Criminal Irrelevance of Fact should be seen as a true principle of criminal law and applicable to specific cases? After performing a preliminary analysis about both institutes, the article introduces a discussion on the subject, pointing the need to deny the application of the Principle of Criminal Irrelevance of Facts, because this principle has not solid dogmatic bases. In addition, the article includes a theoretical doctrine founded on the most modern criminal law, follows the guidelines of the deductive method and uses the literature search as data collection technique. This is a review article.

Keywords: Principle of Irrelevant Criminal Fact. Principle of Insignificance. Trifle’s Crime. Legal Guardianship.

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal**

contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal: parte geral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español: parte general.** 2 ed. Madrid: Technos, 1981.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral.** Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

_____. **Questões do Direito Penal Revisitadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral.** 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal.** Vol. I. Tomo I. 4 ed. São Paulo: M. Limonad, s/d.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras**

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

excludentes da tipicidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coords.). **Temas de Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Muñoz, Francisco. **Introducción a La criminología y al derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HUNGRIA, Nelson. **Novas questões jurídico-penais.** Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

JAKOBS, Ghünter. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.** Madrid: Civitas, 2003. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez.

_____. *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional.* Madri: Editorial Civitas, 1996.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal: parte geral: com observações à nova Parte Geral do Código Penal.** São Paulo: Saraiva, 1985.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1954.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.** Barcelona: Ariel, 1994.

_____. Santiago. **Introducción A Las Bases Del Derecho Penal.** 2 ed. Buenos Aires: Ed. B de F , 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: Parte Geral**. 2 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. 2 ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a.

REIS, Marco Antônio Santos. O Injusto Penal e os Elementos Subjetivos de Justificação. **Discursos Sediosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 17/18, p. 47-77, 2011.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?** In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed., 1ª reimpr. Buenos Aires: Hamurabi, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação jurisdicional**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito**

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares:
distinção necessária ou criação inoportuna?

Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VICO MAÑAS, Carlos. **O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações.** São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán.** Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.