

OS CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DA TIPICIDADE MATERIAL E AS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: CRÍTICA JURISPRUDENCIAL E COMENTÁRIOS À LUZ DA LEI 11.313/06

Salo de Carvalho^{*}
Alexandre Wunderlich^{**}
Rogério Maia Garcia^{***}
Antônio Carlos Tovo Loureiro^{****}

RESUMO: O presente texto avalia o conceito e os efeitos na estrutura dogmática (doutrina e jurisprudência) do processo de hierarquização constitucional dos crimes e definição das infrações de menor potencial ofensivo. Investiga sua relação com a estrutura da tipicidade material e atualiza a discussão com o advento da Lei 11.313/06.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça penal consensual. Infração de menor potencial ofensivo. Tipicidade material. Princípio da insignificância.

Introdução

O presente estudo é fruto de inúmeros colóquios de professores e pós-graduandos do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS (PPGCCrim). Nos últimos anos, as pesquisas do PPGCCrim trouxeram ao público nacional resultados importantes, publicados nas coletâneas *Diálogos sobre a Justiça Dialogal* e *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*¹, ambos editados pela editora Lumen Juris.

Ao prosseguir nas investigações, pretende-se discutir neste artigo o processo de hierarquização constitucional de crimes e infrações a partir do conceito de *infração penal de menor potencial ofensivo*, bem como seus efeitos

* Advogado. Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Prof. do Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS. Conselheiro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC).

** Advogado. Especialista e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Prof. Coordenador do Departamento de Direito Penal e Processual Penal e da Especialização em Direito Penal Empresarial da PUCRS. Conselheiro do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC).

*** Advogado. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu (Universidade de Coimbra), Especialista em Direito Penal Empresarial (PUCRS) e Mestrando em Ciências Criminais (PUCRS). Professor de Direito Penal na ULBRA/RS.

**** Advogado. Mestrando em Ciências Criminais (PUCRS).

¹ CARVALHO & WUNDERLICH (orgs.), *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; CARVALHO & WUNDERLICH (orgs.), *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

na estrutura dogmática (doutrina e jurisprudência).

Em realidade, após o advento dos Juizados Especiais Criminais, pode-se notar ocorrência de sensível redução no âmbito de aplicabilidade do princípio da insignificância, mormente nas condutas de pouca expressividade julgadas pelos órgãos criados pela nova Lei. A consequência diz muito da (con) fusão conceitual entre infração de menor potencial ofensivo e princípio da insignificância. Desta forma, o artigo estabelece os limites e a extensão de ambas as categorias.

Outrossim, o estudo procura viabilizar critérios de análise de aplicabilidade do princípio da insignificância, entendendo a causa supralegal de exclusão da tipicidade como instrumento de filtragem de demandas processuais injustificáveis.

1. A Adjetivação de Crimes e Infrações Penais na Estrutura Constitucional²

A Constituição de 1988 distancia-se substancialmente da tradição do constitucionalismo nacional no que tange à elaboração de preceitos em matéria penal. Não por outro motivo, foi visualizado em seu corpo verdadeira *Constituição Penal*.³ Assim como é perceptível a consolidação de *corpus* normativo em diversas matérias, conformando diferentes estruturas no interior da mesma Constituição – *v.g.* ordem econômica (Constituição Econômica), meio-ambiente (Constituição Ambiental) *etc.* –, a esfera relativa à intervenção penal foi igualmente disciplinada, restringindo/ampliando sua incidência.

Se no percurso histórico os textos constitucionais se limitavam a expor os clássicos princípios liberais de restrição ao poder punitivo e ao poder de polícia das agências de punitividade com o escopo de tutelar os direitos e as garantias individuais, a Carta de 1988 rompeu esta continuidade, refundando as bases de legitimação do Direito Penal. Para além das cláusulas negativas

² Conclusões (re)discutidas e atualizadas conforme a Lei nº 11.313/06 a partir de CARVALHO, *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, pp. 164-167 e CARVALHO, *Cinco Teses para Entender a Desjudicialização Material do Processo Penal Brasileiro*, pp. 100-104.

³ Sobre o conceito de *Constituição Penal*, conferir CARVALHO, *Canotilho e a Constituição Dirigente*, pp. 69-74; CARVALHO, *Pena e Garantias*, pp.162-164 e FELDENS, *Constituição Penal*, pp. 69-154.

limitadoras da intervenção, a Constituição estabelece normas com projeção incriminadora (*Constituição Penal dirigente*), redimensionando a estrutura do Direito Penal e estabelecendo o paradoxo da coexistência de normas cuja harmonia é, em muitas vezes, de duvidosa percepção.

Dentre as inúmeras diferenças perceptíveis entre as duas espécies de normas constitucionais-penais, a que diz respeito às suas condições de efetividade é relevante ao estudo proposto. A doutrina invariavelmente é extremamente crítica quanto à ausência de efetividade do dirigismo constitucional no que tange à salvaguarda dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs). Todavia, se este diagnóstico é possível nas estruturas normativas que garantem e qualificam o Estado de Bem-Estar Social, em matéria penal esta anamnese é parcial. Não que inexista déficit de conformação entre os Direitos Penal e Processual Penal e a Constituição, mas a falta de harmonia ocorre notadamente em relação às normas e princípios limitativos, que protegem os direitos e garantias individuais da intervenção arbitrária as agências penais. Nas cláusulas incriminadoras, ao contrário, o movimento é inverso, havendo plena adaptação e, em inúmeros casos, o extravasamento das barreiras estabelecidas pelas próprias normas constitucionais.

O exemplo mais clássico das normas de intervenção, inclusive pelo seu local de inserção, é o da criação da categoria *crime hediondo*, estabelecendo a impossibilidade de fiança, graça e anistia e a responsabilidade criminal aos seus mandantes, executores e colaboradores – “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (art. 5º, XLIII). Da Constituição, portanto, emerge nova categoria delitiva sendo a ela fixado o máximo da resposta punitiva. Sua regulamentação posterior ocorreu pela Lei 8.072/90, estendendo seus efeitos ao comércio ilegal de drogas, à tortura e ao terrorismo.

No entanto, conjuntamente à definição das condutas consideradas mais graves pelo sistema punitivo brasileiro, ao delimitar a organização do Poder Judiciário, a Constituição idealiza a categoria de *infração penal de menor potencial ofensivo*, direcionando-lhes o mínimo da resposta penal,

conseqüência da previsão de procedimento oral e sumaríssimo, conciliação e transação penal – “a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau” (art. 98, I).

Ao efetivar os comandos constitucionais que definem os ‘*hard crimes*’ (crimes hediondos) e os ‘*soft crimes*’ (infrações penais de menor potencial ofensivo), o Poder Legislativo elaborou originalmente as Leis 8.072/90 e 9.099/95, as quais apesar de terem a mesma origem utilizaram critérios de definição absolutamente diversos.

Ao definir os *delitos hediondos*, a Lei 8.072/90 optou pela enumeração taxativa de condutas a partir da gravidade da lesão ou da reprovabilidade do fato, elencando em seu art. 1º as seguintes hipóteses: o homicídio qualificado e o praticado em atividade típica de grupo de extermínio, o latrocínio, a extorsão qualificada pela morte e aquela praticada mediante seqüestro, o estupro e o atentado violento ao pudor, a epidemia com resultado morte e a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

De forma diferenciada, a Lei 9.099/95 vinculou o conceito de *infração penal de menor potencial ofensivo* à pena *máxima* estabelecida em Lei. Assim, o processamento e julgamento no âmbito dos Juizados Especiais Criminais atinge, conforme o art. 61, “(...) *as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, exceptuados os casos em que a lei preveja procedimento especial*”. Avançando no comando constitucional, a Lei 9.099/95 criou o instituto da *suspensão condicional do processo*, igualmente utilizando como referencial a quantidade (mínima) de pena. Definiram-se, pois, como *crimes de ‘médio’ potencial ofensivo*, aqueles nos quais a pena *mínima* cominada fosse igual ou inferior a 01 (um) ano, possibilitando, nos demais procedimentos, a *suspensão do processo* mediante o cumprimento de determinadas condições (art. 89, Lei 9.099/95).

Com o advento da Lei 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, o critério da menor potencialidade delitiva foi ampliado para as infrações cuja pena máxima não fosse superior a 02 (dois) anos, ou multa (art. 2º).

Interessante perceber que o equívoco da Lei 9.099/95 no que tange à adjetivação das infrações de menor lesividade ou dos crimes de médio potencial ofensivo foi vincular-se à quantidade de pena cominada. Esta opção legislativa apenas seria viável se nosso sistema de penas (Parte Especial do Código e Leis Penais Especiais) respeitasse os critérios constitucionais de proporcionalidade e razoabilidade. No entanto, após a edição do Código Penal em 1940, infindáveis Leis Penais Especiais foram criadas, gerando sistema penal extravagante, absolutamente importante pelo impacto na estrutura forense, que acabou por consolidar o atual modelo descodificado. Como efeito da descodificação, inserida no âmbito das reformas parciais da legislação penal e processual penal, obteve-se a desestabilização dos critérios de proporcionalidade das penas. Desta maneira, ao não se utilizar o critério do *bem jurídico* para definir a hierarquia do fato delitivo, mas a pena aplicada, foram criadas situações absolutamente paradoxais.

Os problemas de (des)proporcionalidade acarretados pela adoção da quantidade de pena como critério definidor das infrações de menor e médio potencial ofensivo foram ampliados com a legislação processual superveniente. Se com a Lei 9.099/95 inúmeras dificuldades foram geradas no que tange à classificação dos delitos e infrações penais, a Lei 10.259/01 acabou reforçando ainda mais aquela problemática.

Com a nova Lei, a jurisprudência foi obrigada a decidir alguns aspectos inerentes à interpretação sistemática dos Juizados: (a) a partir do princípio da isonomia, a elasticidade do patamar de 02 (dois) anos de pena máxima igualmente para os Juizados estaduais; (b) a alteração do critério de definição dos crimes de médio potencial para aqueles cuja pena mínima não ultrapassasse 02 (dois) anos; (c) a definição como infração de menor potencial ofensivo nos casos em que a pena máxima fosse maior que 02 (dois) anos, mas alternada à multa.

Em relação aos dois primeiros questionamentos os Tribunais pacificaram entendimento. No que diz respeito à aplicabilidade do critério de definição das

infrações de menor potencial ofensivo, estendeu-se à esfera estadual o novo patamar previsto para os Juizados Federais.⁴ Quanto à alteração dos requisitos que possibilitam a suspensão condicional do processo, embora tenha havido divergência num primeiro momento, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça⁵, decidiu-se pela inadequação da ampliação do critério.

A conclusão a que se chega é a da *gradual universalização e padronização do rito sumaríssimo*. Não por outro motivo é que em Leis esparsas o procedimento sumaríssimo passa a ser tido como referencial – v.g. a Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), que, em seu artigo 94, determina “*aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 04 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal*”.

Em junho do corrente, porém, foram realizadas novas alterações legais nos dispositivos das Leis 9.099/95 e 10.259/01 com o advento da Lei 11.313/06. Não obstante alterações no que se limita à competência por força

⁴ Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em decisão tida como paradigmática no Direito Processual Penal nacional: “*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE. TRANSAÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. AMPLIAÇÃO DO ROL DOS DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ART. 61 DA LEI Nº 9.099/95 DERROGADO PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA LEI 10.259/2001. I — Com o advento da Lei n.º 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, por meio de seu art. 2º, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito, nada se falando a respeito das exceções previstas no art. 61 da Lei n.º 9.009/95. II — Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95, aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção. III – Assim, ao contrário do que ocorre com a Lei nº 9.099/95, a Lei nº 10.259/2001 não excluiu da competência do Juizado Especial Criminal os crimes que possuam rito especial, alcançando, por consequência, o crime de abuso de autoridade. Writ concedido” (STJ – 5ª Turma - HC 22881/RS - Relator Min. FELIX FISCHER, j. em 08/04/2003, DJ 26/05/2003, p. 0371).*

⁵ “*PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. LEI 9.099/95. LIMITE DE 01 (UM) ANO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MAJORANTE (CRIME CONTINUADO). LEI 10.259/01. LIMITE DE 02 (DOIS) ANOS. SÚMULA 243/STJ. I – Para verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo (art. 89), a majorante do crime continuado deve ser computada. II – “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.” Súmula 243/STJ. III – A Lei nº 10.259/01, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois (2) anos para a pena mínima cominada. Daí que o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 foi derogado, sendo o limite de um (01) ano alterado para dois (dois) anos, o que não escapa do espírito da Súmula 243 desta Corte. Recurso provido para afastar o limite de um (01) ano, e estabelecer o de dois (02) anos, para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo” (RHC 12.033/MS, 5ª Turma STJ, Relator Min. Feliz Fischer, j. 13.08.2002, 09.09.2002 p. 234, RJTAMG vol. 87 p. 379).*

da conexão e da contingência, o artigo 61 da Lei 9.099/95 passou a ter a seguinte redação: “*consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.*”

Em relação aos critérios quantitativos de pena para definição das *infrações penais de menor potencial ofensivo*, a nova Lei apenas ratifica o entendimento jurisprudencial no sentido de alargar ao âmbito dos Juizados estaduais os efeitos da Lei 10.259/01. Contudo, em relação ao terceiro problema – pena máxima superior a 02 (dois) anos alternada com multa (art. 59, I do Código Penal), a nova legislação definiu questão ainda irresoluta na jurisprudência.

Embora não usual, alguns delitos com penas relativamente altas no sistema punitivo nacional – penas máximas acima de 02 (dois) anos – têm previsão da prisão alternada com multa: v.g. crimes contra a ordem econômica (art. 4º, 5º e 6º da Lei 8.137/90) e os crimes contra a propriedade industrial (art. 191 a 195 da Lei 9.279/96).

Ocorre que segundo o art. 2º da revogada Lei 10.259/01, era considerada infração de menor potencial ofensivo conduta cuja pena máxima não fosse superior a dois anos ou a sanção privativa de liberdade alternada à multa – “*consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a Lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa*” (grifamos). Se inquestionável que o art. 61 da Lei 9.099/95 restou revogado pela previsão da posterior Lei 10.259/01, há importante discussão em relação à aplicação dos direitos previstos na Lei 9.099/95, notadamente *composição civil* e *transação penal*, a estas espécies anômalas de infração que, apesar do alto sancionamento, acabam por permitir a substituição da prisão pela multa.

Em relação à *composição civil* e à *transação penal*, além de os institutos não terem sido revogados pela Lei 10.259/01, permaneceram com o incontestável caráter de *direito público subjetivo* do autor do fato. Lembra Nereu José Giacomolli que a entrada em vigor da nova legislação ampliou o rol de *infrações de menor potencial ofensivo*, incluindo nesta nova listagem os delitos com pena privativa de liberdade *in abstracto* não superiores a 02 anos ou

cominada com multa, independentemente do rito processual, sendo obrigatório o oferecimento da transação, pois *“ao Ministério Público não foi concedido um poder discricional, uma faculdade subjetiva de exercer uma pretensão acusatória comum ou uma pretensão alternativa, mas uma alternativa legal, diante de determinados requisitos previamente estabelecidos. A opção unicamente se localiza no plano abstrato da ‘law in book’, mas não no plano concreto, da ‘law in action’. No momento de analisar as circunstâncias fáticas, o acusador não tem opção, mas a obrigação de propor a solução mais favorável ao acusado.”*⁶ O entendimento que determina como obrigação do agente acusador o oferecimento da transação é compartilhado por Ada Grinover, quando alerta que *“poderia resultar em odiosa discriminação, a ferir o princípio da isonomia e reaproximar a atuação do acusador que assim se pautasse ao princípio de oportunidade pura, que não foi acolhido pela lei.”*⁷

A clareza do texto da Lei 11.313/06 com relação à definição das infrações de menor potencial ofensivo evidencia que, a partir da sua edição, é incabível questionar se aos delitos cuja pena máxima for superior a 02 (dois) anos e alternada com multa, seria possível estender os direitos previstos na Lei 9.099/95. Exatamente em decorrência desta vedação taxativa, inegável que aos fatos praticados antes de junho de 2006, data da entrada em vigor da Lei 11.313/06, cuja consequência jurídica é pena de prisão (independente de sua quantidade) ou multa, são aplicáveis os institutos da Lei 9.099/95.

Assim, ao menos no que diz respeito aos requisitos formais, a Lei 11.313/06 coloca termo às discussões sobre quais delitos ou contravenções devem ser adjetivados como infrações de menor potencial ofensivo.

2. A Fusão Jurisprudencial dos Conceitos de Insignificância e Infração de Menor Potencial Ofensivo

Neste quadro de renovação dos critérios de definição de crimes e infrações penais fomentado pela Constituição de 1988, alguns equívocos conceituais, visualizados, sobretudo na jurisprudência, têm provocado no

⁶ GIACOMOLLI, *Juizados Especiais Criminais*, pp. 122-23.

⁷ GRINOVER *et. alii*, *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099/95*, p. 143.

cotidiano forense verdadeiro processo de desconstitucionalização do princípio da ofensividade, sustentáculo material da tipicidade.

O princípio da lesividade, estruturado na categoria *bem jurídico*, define desde a Constituição os critérios de criminalização e de conformação da Lei Penal Ordinária por meio da (in)idoneidade do sistema em prevenir ataques concretos (dano e perigo concreto) a bens jurídicos. A força normativa do princípio da lesividade é auferida pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição, que estabelece que a *“lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”* (grifou-se). Lembra Marco Aurélio Moreira de Oliveira que *“(...) juntamente com o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, a Carta Maior dispõe que a exigência da submissão de fatos ao exame judicial se faça relativamente a uma lesão efetiva a um bem, ou a uma ameaça a direito.”* Neste sentido, *“o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, indica como juridicamente relevante a causação de lesões efetivas ou ameaças a direitos, só podendo ser entendidas, como verdadeiras ameaças, as que sejam concretas, pois ameaças abstratas simplesmente inexistem. Em consequência, não se deve admitir crimes de perigo abstrato, por não conterem as condições concretas e diretas para afetarem bens fundamentais juridicamente protegidos. Além disso, a lógica jurídica indica como prioritária a tarefa de definir o que seja crime, isto é, conduta que causa lesão ao sujeito passivo ou, pelo menos, a que cria ameaça a direito, de modo concreto e direto. Só após, se cominarão penas. Com isso, se estará afastando um abusivo expansionismo penal, marcado por punições simbólicas, desnecessárias, ineficazes e injustas.”*⁸

Assim, desde o *locus* constitucional, entende Ferrajoli que em termos quantitativos seria necessária a descriminalização dos delitos bagatelares (contravenções, condutas punidas exclusivamente com pena pecuniária ou restritiva de direito) que não justificam o processo penal e a pena. Qualitativamente, deveriam ser excluídas do sistema condutas que não causem lesões ou perigo de dano concreto a terceiros.⁹

Apesar de a Constituição ter formalizado o princípio da ofensividade, em face de ter igualmente definido as infrações de menor potencial ofensivo parte do processo descriminalizador foi obstruído. No entanto, significativas são as

⁸ MOREIRA DE OLIVEIRA, *Crimes de Perigo Abstrato*, p. 99.

⁹ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 481.

diferenças, no próprio tratamento constitucional, entre as categorias ofensividade e infração de menor potencial ofensivo.

Ocorre que tendência jurisprudencial (minoritária) tem advogado, ao nosso ver equivocadamente, que com a previsão constitucional das infrações de menor potencial ofensivo não haveria mais espaço para reconhecimento da atipicidade material pela incidência do princípio da insignificância. A construção apóia-se fundamentalmente em dois argumentos: (a) a ausência de previsão legal expressa do princípio da insignificância e (b) o advento das Leis que estabeleceram os critérios de definição das infrações de menor potencial ofensivo. Desta forma, a previsão da nova categoria de delitos nas Leis números 9.099/95 e 10.259/01 (e atualmente 11.313/06) teriam 'revogado' a possibilidade de aplicação do tradicional princípio da insignificância.

Neste sentido os seguintes julgados:

“FURTO QUALIFICADO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. Tratando-se de crime em tese e havendo elementos que autorizam a oferta da denúncia, não se pode, previamente, impedir ao Ministério Público o exercício da ação penal. As peculiaridades do caso concreto, a indicar, ou não, deva ser mitigado o rigor da lei, só serão obtidas com a instrução criminal, não se podendo, desde logo, afirmar que o fato não constitua crime. CRIME BAGATELAR. Além do valor da 'res' estar próximo do salário mínimo da época, o princípio da insignificância, sem previsão legal, só é aceito, entre nós, excepcional e analogicamente. Não se justifica ampliar-se a excepcionalidade de sua adoção, para estendê-lo a outras situações, mormente após a vigência da Lei n. 9099/95, que contempla os crimes de menor potencial ofensivo, sob pena de decidir-se 'contra legem'. Mesmo assim, só há de cogitar da atipicidade quando a coisa subtraída não tenha qualquer significado para a vítima, por sua total desimportância. Apelo provido. Denúncia recebida” (Apelação Crime 70001637800, 7ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, j. 26/10/2000).

“FURTO QUALIFICADO. PROVA CONDENATÓRIA. Confessos os réus e apreendida a 'res' com eles, a prova é condenatória. CRIME BAGATELAR. O princípio da insignificância, sem previsão legal, só é aceito, entre nós, excepcional e analogicamente. Não se justifica ampliar-se a excepcionalidade de sua adoção, para estendê-lo para outras situações, mormente após a vigência da Lei n° 9.099/95, que contempla os crimes de menor potencial ofensivo, sob pena de decidir-se 'contra legem',

mormente tratando-se de furto qualificado, que, por sua natureza, se revela como crime de maior gravosidade. ANTECEDENTES. Inocorrente condenação trãnsita em julgado, não podem ser negativizados os antecedentes do réu, prevalecendo o princípio da presunção de inocência. REINCIDÊNCIA. Inocorre a agravante se as condenações outras transitaram em julgado após o cometimento do delito que se examina nos autos. REDUTOR DA TENTATIVA. Se até consumou-se o furto, mas tido como tentado, o redutor da tentativa deve ser o de menor índice. Aplica-se a redução também quanto às penas de multa. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. Se as circunstâncias judiciais não forem de maior significado, cabe a substituição das privativas de liberdade. Apelos parcialmente providos” (Apelação Crime 70003957008, 7ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, j. 03/04/2003).

“FURTO TENTADO. BAGATELA. As condutas de menor potencial ofensivo estão definidas nas Leis 9.099/95 e 10.259/01. Não existe previsão legal descriminalizando os chamados delitos bagatelares. Para crimes de menor significado, o sistema oferece penas e mecanismos outros para evitar a prisão, mas marcando a reprovação da conduta. Recurso provido para receber a denúncia” (Apelação Crime 70005159074, 7ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Ivan Leomar Bruxel, j. 05/12/2002).

3. Tipicidade Material e Princípio da Insignificância¹⁰

A teoria do tipo penal desenvolvida por Beling (1906), apesar de instrumentalizar o princípio da legalidade e fornecer os limites máximos de punibilidade, reduzia o âmbito de análise à racionalidade formal. Fundada em requisitos e critérios meramente objetivos e formais, estava alheia à qualquer espécie de valoração de elementos subjetivos ou materiais.

Se com Welzel ocorre a virada interpretativa no que diz respeito à reengenharia da teoria (subjetiva) do tipo penal com a introdução da análise dos elementos dolo e culpa, com Roxin a estrutura da tipicidade supera a racionalidade formal e, sob o enfoque do grau de ofensa ao bem jurídico objeto de tutela, passa a valorar aspectos materiais. A teoria da insignificância, elaborada por Roxin em 1964, *“permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio de daños de poca importancia: maltrato no es cualquiera tipo de*

¹⁰ Capítulo discutido e atualizado a partir de CARVALHO, *A Política...*, pp. 220-225.

daño de la integridad corporal, sino solamente uno relevante; análogamente desonesto en el sentido del Código penal es solo la acción sexual de una cierta importancia, injuriosa en una forma delictiva es solo la lesión grave a la pretensión social de respeto."¹¹ No Brasil, investigação pioneira sobre a tipicidade material e a exclusão em face da incidência do princípio da insignificância foi realizada por Luiz Alberto Machado (1975).¹²

Elementos como juízo de significância do resultado (desvalor do resultado) e adequação social da conduta (desvalor da ação) densificam a avaliação da tipicidade, abrindo espaços, inclusive, para que os demais elementos da teoria do delito (ilicitude e culpabilidade) incorporem valorações conteudísticas (racionalidade material), dando margem à criação de outras causas supralegais de exclusão (v.g. consentimento do ofendido, inexigibilidade de conduta diversa, direito de resistência).

Da avaliação meramente mecânica (formal) na qual o delito era concebido apenas como infração da Lei ditada pelo Estado, a teoria do delito, com a perspectiva material, amplia as hipóteses de minimização dos efeitos da resposta penal pela sofisticação da dogmática, *"pois o tipo, incluído sistematicamente na teoria do delito, não é um elemento hermético, fechado, estanque."*¹³ Assim, no que se refere à tipicidade, o delito passa a ser entendido como *"desvalor da vida social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um bem (...). Crime é, assim, numa definição material, a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de uma pena."*¹⁴

O bem jurídico, portanto, passa a ser percebido como normogênese do tipo, reestruturando a teoria do crime que, no primeiro momento de valoração na estrutura metodológica tripartida (tipicidade), o coloca como balizador do injusto. Hassemer, neste quadro, sustenta que *"la misión del estudio de la*

¹¹ Apud MACHADO, *Uma Visão Material do Tipo*, p. 100.

¹² MACHADO, *Uma Visão...*, pp. 89-106. No mesmo sentido, MACHADO, *Direito Criminal*, pp. 123-136.

¹³ MACHADO, *Uma Visão...*, p. 89.

¹⁴ FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, p. 144.

*tipicidad es caracterizar el relieve de la protección de bienes jurídicos, que es lo que constituye la especificidad de toda cultura juridicopenal.*¹⁵

A alteração na conceituação de delito – objetivo e formal para subjetivo e material –, por meio da gradual assunção do critério bem jurídico, dar-se-á pelo fato de que a tipicidade, do ponto de vista meramente formal e dogmático, “(...) *não satisfaz a moderna tendência de reduzir ao máximo a área de influência do Direito Penal diante de seu reconhecido caráter subsidiário, já que manifesta a sua ineficiência como o único meio de controle social.*”¹⁶

Se a função oficial (declarada) do Direito Penal passa a ser a estrita e necessária proteção do bem jurídico contra lesões ou perigos concretos de lesão, estariam excluídas por atipicidade material todas as condutas que geram dano insignificante aos valores (bens) protegidos pelos tipos penais. A tipicidade, nesse sentido, não se esgotaria no juízo lógico-formal de subsunção da conduta ao tipo legal de crime, mas, para além desta adequação necessária (requisito formal da tipicidade), o evento concreto em análise deve produzir efetiva ofensa (ou perigo concreto) ao bem jurídico protegido (requisito material da tipicidade). Resultariam atípicas, portanto, todas as condutas com baixo grau de lesividade, visto que é o bem jurídico que determina o grau e a extensão de incidência do tipo.¹⁷

O princípio desenvolvido por Roxin a partir do legado principiológico romano *minima non curat praetor* foi recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal em 1988:

¹⁵ HASSEMER. *Fundamentos del Derecho Penal*, p. 261.

¹⁶ MAÑAS, *O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*, p. 53.

¹⁷ No que tange ao bem jurídico, ZAFFARONI, com sua peculiar sensibilidade e no escopo de instrumentalização do realismo marginal, propõe significativa alternativa à definição de bem jurídico, de modo a sustentar dogmática penal antropologicamente fundada. Segundo o autor, “(...) *bien jurídico tutelado* es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, *protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan*”. Assim, fundamental na caracterização do bem jurídico o poder de disponibilidade que o agente adquire em relação ao interesse. Exemplifica: “*en realidad, si bien no es incorrecto decir que el honor es un bien jurídico, eso pasa de ser una abreviatura, porque el bien no es propiamente el honor, sino el derecho a disponer del propio honor, como el bien jurídico no es la propiedad, sino el derecho a disponer de los derechos patrimoniales*”. Deste modo, “*bienes jurídicos son los derechos que tenemos a disponer de ciertos objetos*”, devendo o direito sancionar quem impede outrem de dispor dos seus bens (ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, p. 389-90).

“ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO.

Se a lesão corporal (pequena esquimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não poderia fazer-se tempos depois – há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente tão oneradas” (RHC 66.869-1, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 06.12.88).

4. Princípio da Insignificância e Infração de Menor Potencial Ofensivo: Aplicação e Compatibilidade

Como vimos, a Lei 9.099/95 arrola alternativas processuais descarcerizadoras (transação penal e composição civil)¹⁸ para infrações consideradas em si mesmas de “menor potencialidade ofensiva”. Ao fazer esta classificação (*soft crimes*), seguindo o comando constitucional, as Leis supervenientes apontam *formalmente* os crimes de mínima reprovabilidade, ou seja, optou-se legislativamente por respostas pré-processuais compensatórias (composição civil), quando existir vítima (pessoa física), ou de caráter diversificacionista (transação penal), em casos de vitimização difusa, em condutas cujo próprio bem jurídico é de escassa relevância.

Incabível, porém, sua fusão com o conceito de tipicidade material. Isto porque é substancial a diferença não apenas do ponto de vista conceitual, mas, sobretudo, no que diz respeito à extensão dos seus efeitos. Perceba-se que

¹⁸ Não se desconhecem as críticas aos institutos trazidos pela Lei 9.099/95, fundamentalmente no que tange à transação penal. Em 1997 Miguel Reale Jr. sustentou a inconstitucionalidade do instituto da transação penal, atentando para a violação dos princípios informadores do processo penal democrático: *“transação redundante na reparação do dano, por um lado, e, por outro, na aplicação de uma pena restritiva de direito ou de multa. Mas, restringe-se, sem dúvida, na aplicação de uma pena, como o reconheceu a ilustre jurista Ada Pellegrini Grinover, defensora ardorosa do texto legal (...). Infringe-se o devido processo legal. Faz-se tábula rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio nulla poena sine iudicio, informador do processo penal.”* (REALE Jr., *Pena sem Processo*, p. 27.). A verdade é que a Lei 9.099/95 contribuiu para o fortalecimento da privatização da justiça penal, e na visão de Geraldo Prado, *“a transação não dispõe, de fato, de um verdadeiro procedimento jurisdicional conforme a noção de devido processo legal. A rigor a transação penal desenvolve-se no equivalente ao inquérito policial, no caso o termo circunstanciado.”* Para Geraldo Prado na transação penal não existe devido processo legal, concluindo que *“a transação penal consiste exatamente em o imputado ‘abrir mão’ do devido processo legal”* (PRADO, *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*, p. 224.)

nas infrações de menor potencial ofensivo o *bem jurídico* tutelado é ontologicamente de menor valor, constitucionalmente hierarquizado em plano inferior; nos eventos insignificantes a *conduta*, direcionada contra bens jurídicos de valoração superior ou não, é de mínima relevância, de escassa ofensividade.

Assim, não só é possível verificar a plena harmonia entre as categorias, como a possibilidade de incidência da insignificância nos crimes que atingem bens jurídico-penais de menor, média ou alta relevância. O resultado da atipicidade material refere, sempre, conduta ínfima no que se circunscreve a potencialidade para ofender bens jurídicos, sejam estes bens de alta ou baixa importância social. Equivocada, portanto, a orientação doutrinária e jurisprudencial que vê na Lei 9.099/95 o esgotamento da aplicação do princípio da insignificância.

Note-se que sua aplicabilidade é universal, sendo impossível sua exclusão da teoria do delito ou seu direcionamento apenas a determinados tipos de crime. Neste sentido, p. ex., nos casos de porte de pequena quantidade de droga para uso pessoal, o art. 16 da Lei 6.368/76 estabelece pena privativa de liberdade de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, ou seja, trata-se de infração penal de menor potencial ofensivo. E, apesar da classificação, absolutamente compatível a aplicação do princípio da insignificância quando notória a falta de potencialidade lesiva da substância entorpecente. Nesse sentido:

"EMBARGOS INFRINGENTES. TÓXICOS PARA USO. QUANTIDADE ÍNFIMA DA DROGA. A guarda de quantidade ínfima de 'cannabis sativa' (menos de 01 grama), para uso próprio, não caracteriza o delito do artigo 16 da Lei de Tóxicos, na medida em que é insuscetível de colocar em risco o bem jurídico protegido, qual seja, a saúde pública. Embargos acolhidos por maioria" (TJRS, 4ª Grupo de Férias, EI 70001168574, Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 22.09.00).

"APELAÇÃO-CRIME. TÓXICOS. USO. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. Correta a decisão que rejeita a denúncia com base na incidência do princípio da insignificância, em se tratando de quantidade ínfima de droga – cerca de meio grama. Apelo ministerial improvido. Maioria." (TJRS, 2ª Câmara Criminal, AC 70003948197, Rel. Des. Walter Jobim Neto, j. 04.04.02).

“APELAÇÃO CRIME. I – ART. 155, § 4.º, V, C/C ART. 155, § 2.º, C/C ART. 14, II, CP. FURTO TENTADO. DELITO DE BAGATELA. II – ART. 16, DA LEI 6.368/76. PORTE DE TÓXICO PARA USO PRÓPRIO. QUANTIA ÍNFIMA. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO EM AMBOS OS DELITOS. POSSIBILIDADE. ART. 386, III, CPP.

I – Não havendo prejuízo para a vítima e sendo penalmente irrelevante o furto, de se aplicar o princípio da insignificância.

II – O porte de tóxico para uso próprio, desde que em quantia ínfima, é fato atípico, já que não podem ser incriminadas condutas que não excedam a pessoa do próprio agente. Princípios da lesividade e intervenção mínima, dos quais o julgador não se pode afastar. Apelo conhecido e provido” (TJRS, 5ª Câmara Criminal, AC 70007340854, Rel. Des. Aramis Nassif, j. 17.12.03).

5. Princípio da Insignificância: Critérios de Definição nos Crimes Contra o Patrimônio (Público e Privado)

Teresa Armenta Deu estabelece três critérios de aplicabilidade do princípio da insignificância: (a) escassa reprovabilidade da conduta; (b) ofensa a bem jurídico de menor importância; (c) habitualidade de ocorrência no ambiente social.¹⁹ Todavia a classificação proposta, em face das diretrizes constitucionais e da legislação penal brasileira superveniente, parece inadequada.

Em primeiro porque, como vimos, existe significativa diferença entre lesão insignificante a bem jurídico (in)significante e bem jurídico insignificante. Neste a valoração de menor importância é ao próprio tipo penal e naquele o desvalor é ao resultado da conduta. E, em segundo, porque a autora parece confundir princípio da insignificância e adequação social da conduta, embora em ambos os casos o efeito sobre a tipicidade seja idêntico (atipia material).

Desta forma, o critério por excelência para definição da aplicabilidade do princípio da insignificância é a ofensa da conduta ao bem jurídico tutelado, independentemente de sua hierarquia ou valoração constitucional.

No âmbito dos crimes patrimoniais, a jurisprudência nacional oscila os

¹⁹ ARMENTA DEU, *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*, pp. 58.

pressupostos dependendo do bem jurídico protegido, se público ou privado. Quanto à tutela do patrimônio privado, o âmbito de incidência da causa supralegal de exclusão da tipicidade é extremamente reduzido, não sendo reconhecida a atipicidade material quando o dano é superior ao salário mínimo vigente. Os acórdãos arrolados são os de maior flexibilidade na jurisprudência nacional:

“FURTO SIMPLES. CONDENAÇÃO. CONFISSÃO. PROVA TESTEMUNHAL.

1. A confissão do acusado corroborada pela palavra da testemunha presencial do fato, torna certa a autoria.

2. No caso em tela, não se reconhece o princípio da insignificância, em face do valor da res furtiva” (AC 70014958243, 7ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Nereu Giacomolli, j. 29.06.06).²⁰

“RECEPTAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO.

O delito de receptação exige ciência da origem ilícita do objeto. Não havendo provas da vontade de receptar, a absolvição é medida que se impõe.

Lesão de R\$ 100,00, cerca de 1/3 do mísero salário mínimo nacional, não justifica a movimentação de uma máquina cara, cansativa, abarrotada e cruel, como o Judiciário” (AC 70012068755, 5ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 03.08.2005).

No entanto, ao tratar do patrimônio público, a jurisprudência amplia sobremaneira os pressupostos de aplicabilidade, chegando a admitir como insignificantes lesões próximas a 15 (quinze) vezes o salário mínimo.

“PENAL. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. Não se pode justificar uma condenação penal por um dano que a própria vítima desconsidera. O desinteresse na arrecadação indica que a conduta não apresenta danosidade

²⁰ Relata o Desembargador: “O Ministério Público ofereceu denúncia contra J. E. C., como incurso nas sanções do artigo 155, caput, do Código Penal. Segundo a acusação, o denunciado subtraiu, para si, uma bicicleta marca Fischer, cor azul, pertencente à F. F. Na oportunidade, o acusado, aproveitando-se do descuido do ofendido, subtraiu a bicicleta, a qual estava estacionada na parte externa da Locadora do Coruja. A res foi avaliada em **R\$ 256,00** (grifou-se).

suficiente a fundamentar sua incriminação.

2. Se o valor devido a título de contribuições previdenciárias não ultrapassa R\$ 5.000,00, não existe lesão à Previdência e, pois, o próprio resultado do delito, sendo atípica a conduta.

3. Apelação improvida” (AC 2001.04.01.008171-2/SC, TRF 4ª Região, Rel. Des. Fábio Bitencourt da Rosa, j. 07.12.01, DJU 06.03.02, Seção 02, p. 2.435).

“OMISSÃO DO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE.

1. Aplica-se o princípio da insignificância se o débito consolidado for igual ou inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

2. Recurso do réu provido” (AC 2000.04.01.025000-1/PR, TRF 4ª Região, Rel. Des. Volkmer de Castilho, j. 19.11.01, DJU 13.02.02, Seção 02, p. 805).

O critério de definição nos crimes contra o patrimônio público, diferentemente do que ocorre em relação ao patrimônio privado, cuja avaliação é casuística e normalmente reduzida ao empirismo do magistrado, é baseado em perspectiva utilitarista: o interesse da Administração Pública.

Com a Lei 9.469/97 estabeleceu-se como valor mínimo exigido para a propositura da execução fiscal R\$ 1.000,00 (mil reais). Segundo o art. 1º da referida Lei, “*o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar (...) a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.*”

O dispositivo trata dos processos de execução fiscal de *valor antieconômico*, ou seja, aqueles cujo custo processual da cobrança é superior ao valor do crédito executado. Os princípios norteadores da Lei são os da economicidade (art. 70, Constituição) e do devido processo e da razoabilidade (art. 5º, LIV, Constituição).

Ademais, a Portaria 289/97 do Ministério da Fazenda, reconheceu como antieconômico e autorizava a não inscrição como dívida ativa da União débitos

no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) e o não ajuizamento de execuções iguais ou inferiores a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) – artigo 1º, inciso I ("*a não inscrição, como Dívida Ativa da União, de débitos para com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000*") e inciso II ("*o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos para com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 5.000,00*"). Todavia a Portaria 248/00 alterou os valores, reduzindo-os para não inscrição e não ajuizamento – art. 1º, inciso I ("*a não inscrição, como Dívida Ativa da União, de débitos para com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 250,00*") e inciso II ("*o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos para com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00*").

Os referenciais apresentados são, portanto, os utilizados como critério jurisprudencial para definição da significância da lesão nos denominados *crimes econômicos* (contra o patrimônio público), não havendo, repita-se, norte orientador em relação aos delitos contra o patrimônio privado.

6. Considerações Finais

Cezar Roberto Bitencourt leciona que segundo o princípio da insignificância "*é necessária uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Frequentemente, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. A insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem jurídico atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida.*"²¹

Inegavelmente a evolução da teoria do delito sofisticou a avaliação da tipicidade, sendo o princípio da insignificância importante mecanismo de

²¹ BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 346.

obstrução da invasão do sistema penal em condutas sem quaisquer maiores relevâncias.

Quando o conflito chega ao Judiciário retratado em infração penal é porque merece ser solucionado à luz do modelo de garantias penais e processuais que se legitima, no plano político, como sistema de poder mínimo capaz de reduzir violência e maximizar liberdade. Somente a partir de filtros fornecidos pelo direito processual penal e penal material (no caso, a atipia material) é que se dignifica a importância da tutela democrática e constitucional no palco processual. O (devido) *processo penal* só deve iniciar, portanto, após a filtragem proposta, com exame acurado dos pressupostos do exercício da ação penal, sobretudo da tipicidade (aparente).

O filtro a ser realizado pelos operadores do direito é fundamental não apenas para não submeter o cidadão à inerente pena que é o processo penal, mas inclusive para diminuir os custos do Estado com a movimentação da máquina judiciária.

Assim, duas conclusões podem ser apresentadas após a investigação:

1^a. É incabível a fusão dos conceitos de insignificância penal e infração de menor potencial ofensivo, pois categorias diversas com extensão igualmente diferenciadas, sendo inclusive cabível a aplicação da insignificância no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

2^a. Assim como nos crimes econômicos, no âmbito dos delitos contra o patrimônio (privado) e qualquer outro crime cujo valor da lesão possa ser quantificável (lesões corporais, crimes contra a honra *etc*), o custo processual pode nortear o juízo de oportunidade para oferecimento e recebimento de denúncia, estabelecendo-se importante critério de política judicial.

As conclusões formuladas, fruto de processo hermenêutico do sistema jurídico-penal, intentam, na expressão de Castanheira Neves, “*a compreensão*

da norma em função do seu contexto”. Assim, as proposições podem contribuir em favor da ampliação da “unidade” e da “coerência” do sistema punitivo.²²

Em tempos de repensar a gestão e a estrutura do Poder Judiciário, notadamente após a Emenda Constitucional 45, e face ao acúmulo de processos que gera insuportável morosidade aos jurisdicionados, o princípio da insignificância representa sofisticado mecanismo obstaculizador de demandas cujo custo é injustificável.

Pensar a relação entre o dano causado e o custo processual é fundamental, inclusive para que sejam criados instrumentos de melhor resposta às vítimas, pois se o valor do processo é superior ao valor da lesão, satisfatório a todos que o Estado faça o ressarcimento do ofendido, assumindo o ônus decorrente do seu papel em sociedade. Por isso, fundamental que a estrutura do Judiciário realize cotidianamente o cálculo do *custo processual* e torne público estes dados.

Modificar a lógica essencialmente retributivista do Direito Penal pode restabelecer sua legitimidade perdida. Compensação financeira pelo Estado às vítimas, sistema de seguro simplificado, abrigos protetivos, assistência pós-conflito e centros de apoios seriam fundamentais para alterar o direcionamento do sistema (punitivo). Talvez com a mudança da cultura jurídico-penal o modelo traçado por Mathiesen fique mais próximo: “*ao invés de aumentar a punição do transgressor de acordo com a gravidade da transgressão, o que é básico no sistema atual, eu proporia o aumento do apoio à vítima de acordo com a gravidade da transgressão*”²³.

Referências Bibliográficas

- ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

²² CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, p. 61.

²³ MATHIESEN, *A Caminho do Século XXI: abolição, um sonho possível*, p. 276.

- _____. Cinco Teses para Entender a Desjudicialização Material do Processo Penal Brasileiro. *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. CARVALHO, Salo & WUNDERLICH, Alexandre (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. Canotilho e a Constituição Dirigente. *in Canotilho e a Constituição Dirigente*. COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FELDENS, Luciano. *Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- GRINOVER, Ada Pelegrini *et. alii*. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099/95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal*. Barcelona: Bosh, 1984.
- MACHADO, Luis Alberto. *Direito Criminal: Parte Geral*. São Paulo: RT, 1987.
- _____. *Uma Visão Material do Tipo*. Curitiba: UFPR, 1975.
- MAÑAS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho possível. *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. PASSETI, Edson & SILVA, Roberto Dias. São Paulo: IBCCrim/PEPG Ciências Sociais PUCSP, 1997.
- NEVES, Castanheira A. *Curso de introdução ao estudo do direito*, Coimbra: João Abrantes, 1976.
- OLIVEIRA, Marco Aurélio Cardoso Moreira. Crimes de Perigo Abstrato. *in Revista de Estudos Criminais* (15). Sapucaia do Sul: Notadez/ITEC/PPGCCrim PUC, 2004.
- PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. RJ: Lumen Juris, 2003.
- REALE Jr., Miguel. Pena sem Processo. *in Juizados Especiais Criminais: interpretação crítica*. PITOMBO, Antônio S. de Moraes (org.). SP: Malheiros, 1997.
- WUNDERLICH, Alexandre. A Vítima no Processo Penal. *in Novos Diálogos sobre Juizados Especiais Criminais*. CARVALHO, Salo & WUNDERLICH, Alexandre. RJ: Lumen Juris, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.