

R E V I S T A

ISSN 2525-4502

CNU

V. 7, N. 2, JUL./DEZ. 2023



**MEIO
AMBIENTE**

**EFICIÊNCIA
NA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL**

**INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL**

ARTIGOS

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: UMA REVISÃO DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO

PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE AND BRAZILIAN JURISPRUDENCE: A REVIEW OF THE EVALUATION CRITERIA

Fernando Bardelli Silva Fischer

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Ciências Criminais pela UFPR/ICPC e pelo UniCuritiba. Professor de Direito Penal do Curso de Pós-Graduação da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Juiz de Direito no Estado do Paraná (TJ-PR).

Resumo: Estuda a natureza do princípio da insignificância, como concebido pelo pensamento funcionalista alemão, e a forma como tal instituto é compreendido pela jurisprudência brasileira. A pesquisa se orienta em noções comunicativas da filosofia da linguagem, com o objetivo de atualizar os critérios jurisprudenciais de análise do princípio da insignificância, para satisfazer as pretensões de validade e de eficácia da prestação jurisdicional. Para isso, o estudo dogmático da gravidade delitiva e do conceito do princípio da insignificância é cotejado com a atual interpretação jurisprudencial. Ao fim, sugere-se a adoção de dois requisitos gerais de avaliação do princípio da insignificância: (a) inexpressividade da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico; (b) reduzidíssimo grau de reprovação social da conduta.

Palavras-Chave: Gravidade delitiva. Percepções sociais de justiça. Princípio da insignificância.

Abstract: This article proposes to study the nature of the principle of insignificance, as conceived by German functionalist thought, and the way in which such an institute is understood by Brazilian jurisprudence. The research is guided by communicative notions of the philosophy of language, with the aim of updating the jurisprudential criteria for analysis of the principle of insignificance, in order to satisfy the pretensions of validity and effectiveness of the judicial assistance. For this, the dogmatic study of the criminal seriousness and the concept of the principle of insignificance is compared with the current jurisprudential interpretation. Finally, the adoption of two general requirements for evaluating the principle of insignificance is suggested: (a) inexpressiveness of the harm or risk of harm to the legal interest; (b) very low degree of social censure of the conduct.

Keywords: Criminal seriousness. Social perceptions of justice. Principle of insignificance.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância (*Geringfügigkeitsprinzip*) foi desenvolvido na Alemanha, a partir da década de 1960, por Claus Roxin (1973, p. 193), seguindo a tendência funcionalista de introduzir elementos axiológicos na estrutura conceitual delitiva, com o intuito de aproximar a análise das categorias dogmáticas do direito penal aos fins almejados pelo sistema. De acordo com o proposto por esse penalista alemão, o princípio da insignificância, inspirado no antigo brocardo *mínima non curat praetor*, diz respeito a interpretação restritiva do tipo penal que afasta a punição de condutas que não são socialmente lesivas sob o aspecto material, em razão da inexpressividade, em termos de intensidade e de duração, da ofensa a bens jurídicos.

Tecnicamente, o princípio da insignificância não ostenta a natureza de princípio geral do direito penal, por corresponder, em verdade, a um critério hermenêutico relacionado à interpretação do tipo penal (Roxin e Greco, 2020, p. 398). Contudo, há de se reconhecer seu caráter de garantia limitadora do poder punitivo, reverberando o conteúdo de

princípios gerais do direito penal propriamente ditos, tal qual o princípio da intervenção mínima, principalmente quanto à manifestação da fragmentariedade, responsável por limitar a intervenção penal apenas aos ataques mais graves em face dos bens jurídicos mais fundamentais (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2006, p. 565-569).

Justamente em virtude dessa característica, a de restringir a incidência punitiva no caso concreto, é que o princípio da insignificância foi adotado e se difundiu pela jurisprudência brasileira como um mecanismo para minorar os problemas institucionais e sociais causados pelos altos índices nacionais de encarceramento¹. Em verdade, pode-se afirmar que, no Brasil, por ser encarado como um instrumento de política criminal voltado a reduzir a superlotação prisional, o princípio da insignificância adquiriu contornos próprios, alcançando amplitude interpretativa a ponto de atingir, inclusive, condutas delitivas que ostentam certa expressividade sob o aspecto social. Não há de serem negados, todavia, os benefícios que a difusão do princípio da insignificância na jurisprudência brasileira

¹ De acordo com informações do Conselho Nacional de Justiça (2022, p. 9), no período entre 2020 e 2022 havia mais de 750 mil pessoas no sistema prisional brasileiro, estabelecendo o Brasil como o terceiro país com a maior população carcerária do mundo em números absolutos.

gerou na contenção da intervenção penal, sobretudo em um Estado historicamente marcado pela priorização de políticas de encarceramento como resposta às mazelas de natureza social.

O problema é que o desenvolvimento do princípio da insignificância pela jurisprudência brasileira se deu de forma casuística, sem um devido respaldo dogmático, o que implica a ausência de uma abordagem sistêmica desse instituto jurídico. Em razão disso, inúmeras incongruências na aplicação do princípio da insignificância são verificadas a partir de uma perspectiva mais ampla de análise do sistema penal. Como exemplo, se o sistema de juizados especiais criminais adotasse os mesmos critérios valorativos para o reconhecimento do princípio da insignificância utilizados pela justiça comum, isso geraria uma quase absoluta ausência de intervenção penal em relação às contravenções penais. Entretanto, o que se verifica na prática é que o sistema de juizados especiais criminais funciona regularmente, empurrando a incidência do princípio da insignificância para além de sua competência, de modo a gerar um vácuo punitivo incongruentemente localizado entre o patamar máximo de gravidade das

contravenções penais e o patamar mínimo de gravidade dos crimes materialmente lesivos. Se o princípio da insignificância fosse aplicado seguindo o mesmo critério para todo o sistema penal, fatalmente a grande maioria de casos de contravenções penais estaria abarcada pela incidência desse instituto.

Ademais, observa-se que a maioria dos precedentes judiciais que aplicam o princípio da insignificância carece de um suporte teórico mais consistente, ocasionando posicionamentos decisórios incompatíveis com a própria natureza do instituto. Isso ocorre porque a simples noção, amplamente difundida no meio jurídico nacional, de que a incidência do princípio da insignificância “afasta a tipicidade de condutas que, embora formalmente, não são materialmente típicas”, não é suficiente para balizar todos os aspectos dogmáticos atinentes a sua administração prática.

Diante de tal problemática, este estudo se propõe a realizar uma análise, à luz da natureza dogmática do princípio da insignificância, de entendimentos jurisprudenciais amplamente difundidos e consolidados na justiça brasileira, revisando, de maneira específica, as restrições jurisprudenciais à incidência do princípio da insignificância e os critérios

de seu reconhecimento consagrados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Além disso, o presente trabalho pretende oferecer requisitos de aplicação do princípio da insignificância mais adequados a sua essência dogmática, bem como um referencial valorativo mais condizente com as finalidades penais almejadas em sua aplicação.

2. VETORES DE AFERIÇÃO DA GRAVIDADE DELITIVA

Invariavelmente, a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto passa por uma análise, ainda que muitas vezes irrefletida, da gravidade delitiva. Embora o termo “gravidade concreta do delito” seja utilizado, de forma recorrente, em inúmeras decisões judiciais que julgam desde a necessidade de prisão cautelar até a própria incidência do princípio da insignificância, verifica-se que o embasamento dogmático que sustenta sua aferição é, quase sempre, inexistente. Na maioria dos julgados, a gravidade do delito é simplesmente tratada como um dado posto, compreensível a partir da mera indicação de elementos factuais concretos que a revelem. Tampouco se encontram, na doutrina jurídica nacional, discussões teóricas mais aprofundadas sobre critérios de valoração da gravidade delitiva, o que colabora para que

o tema passe isento de questionamentos mais consistentes no âmbito jurisprudencial.

Em certa medida, esse aparente desinteresse geral por fundamentações mais bem elaboradas sobre a gravidade delitiva é compreensível, uma vez que o processo humano de tomada de decisões avaliativas – incluindo os julgamentos judiciais – é influenciado, consideravelmente, por fatores intuitivos (KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021, p. 42-54). Sendo assim, quando uma decisão judicial justifica maior gravidade delitiva a partir da mera indicação de elementos factuais do caso concreto, pressupõe-se que os demais interlocutores da mensagem judicial também possam realizar essa inferência e reconhecer a validade dos fundamentos apresentados. Ou seja, a partir de noções gerais e profanas sobre reprovação de comportamentos, pode-se atingir, na maioria das vezes, um suficiente grau de consensualidade sobre juízos de gravidade delitiva, na medida em que há reconhecimento intersubjetivo das – quase sempre singelas – motivações apresentadas pelo julgador (HABERMAS, 2004, p. 112). Dessa forma, se os critérios de justificação de uma decisão judicial são suficientes e inteligíveis aos participantes do processo comunicativo, sua pretensão de

validade será confirmada e atingirá o efeito ilocucionário desejado, uma vez que haveria um acordo racional entre todos (HABERMAS, 1989, p. 79).

O problema é que, em se tratando de princípio da insignificância, a gravidade delitiva é tomada, em última análise, como um conceito classificatório, tornando-a mais suscetível a desacordos. Enquanto a gravidade do delito pode assumir uma lógica ordenatória – relacionado o fato concreto numa escala gradativa de menor a maior gravidade – em decisões que, por exemplo, avaliem a necessidade de prisão cautelar ou que individualizem a pena, na análise da incidência do princípio da insignificância se adota a lógica classificatória do “tudo ou nada”: ou determinada conduta é penalmente insignificante, ou não é (HEMPEL; OPPENHEIM, 1936, p. 10-43). Além disso, a instrumentalização do princípio da insignificância aos fins do direito penal, conforme preconizado pela escola funcionalista que o concebeu, implica que a gravidade do delito seja compreendida a partir da finalidade penal almejada (Roxin e Greco, 2020, p. 20-21), condição que também pode levar a desacordos a partir das perspectivas adotadas pelos

interlocutores. Portanto, ainda que percepções gerais e cotidianas sobre gravidade delitiva sejam imprescindíveis tanto para a pretensão de validade quanto para a felicidade ilocucionária das decisões judiciais que se debruçam sobre sua análise, não há de se ignorar a relevância da dimensão jurídica desse conceito para fins de aplicação do princípio da insignificância.

Todavia, excursionando-se pelo pensamento jurídico-filosófico dos últimos três séculos, não é possível alcançar uma congruência sobre o que se entende por gravidade do delito. Essa dissonância deriva, principalmente, de diferentes pontos de vista assumidos pelos penalistas em relação às finalidades atribuídas à pena e ao próprio direito penal. De maneira geral, as construções teóricas acerca da gravidade delitiva visam representar uma noção cotidiana e irrefletida sobre a expressão, sistematizando-a mediante a identificação de vetores capazes de permitir sua mensuração. Porém, ainda que haja pretensão de refletir percepções gerais sobre a gravidade delitiva, as combinações de tais vetores podem se modificar, a depender do autor ou da escola de pensamento, pois cada qual se encontra vinculada a um específico discurso de justificação do direito penal.

Como exemplo, no século XIX, Feuerbach (1799, p. 131) preconizava que a gravidade do delito deveria ser determinada, objetivamente, pela importância dos direitos violados ou ameaçados e, subjetivamente, pela periculosidade e pela intensidade dos motivos sensíveis do ofensor. No mesmo período, von Ihering (1911, p. 303) avaliava a natureza da infração a partir do valor objetivo do bem lesionado e do risco subjetivo da lesão. Já no pensamento anglo-americano do século XX, a gravidade delitiva apresenta, segundo o entendimento de von Hirsch (2017, p. 23), dois elementos principais: o grau de nocividade da conduta (ou periculosidade) e a extensão da culpabilidade do agente. Por sua vez, Duff (2001, p. 135) defende que os dois vetores que informam a gravidade do delito são o dano e a culpabilidade. Atualmente, destaca-se na doutrina alemã a proposta de Hörnle (2003, p. 36), segundo a qual a gravidade delitiva depende da responsabilidade objetiva (dano) e da responsabilidade subjetiva (intenções e graus de imprudência), acrescida da culpabilidade individual.

Apesar de tal variedade de posicionamentos teóricos sobre a gravidade delitiva, é possível, para fins metodológicos, agrupar os vetores

apontados pela doutrina de acordo com suas familiaridades teleológicas. Em seu estudo comparado do direito penal dos sistemas de common law e de civil law, Fletcher (2007, p. 27-37) identifica três classes de direito penal a partir da referência central de fundamento da pena: direito penal baseado no ato (act-based criminal law); direito penal baseado na culpabilidade (guilt-based criminal law); e direito penal baseado no agente (actor-based criminal law). De forma similar, analisando-se os diversos parâmetros valorativos apresentados pela doutrina para fins de individualização da pena, também é possível agrupá-los em três categorias distintas: parâmetros orientados pela lesão a interesses; parâmetros orientados pela responsabilidade pessoal; e parâmetros orientados pelo risco (FISCHER, 2023, p. 69-89).

Os parâmetros valorativos orientados pela lesão a interesses normalmente estão associados à individualização da pena com fins retributivos ou integradores, pois partem de um juízo ex post facto para determinar a pena de forma proporcional à dimensão da ofensa causada pela conduta delitiva, privilegiando uma perspectiva das vítimas. Como o anseio de relacionar a severidade da pena à extensão da

lesão causada pelo delito pode ser encontrado em diversas teorias da pena ao longo dos séculos – continuando influente nas formulações neo-retributivas de preponderância anglo-americanas até os dias atuais –, são inúmeros os exemplos de parâmetros dessa espécie concebidos pela doutrina: o ressentimento despertado no ofendido (SMITH, 1992, p. 104-105), o imerecido mal causado (Kant, 2013, p. 138), o dano gerado (HEGEL, 1997, p. 90-93), a lesão ao bem jurídico, a vantagem indevida (DAVIS, 1993, p. 133-156; MORRIS, 1968, p. 476-478), os interesses de bem-estar (FEINBERG, 1984, p. 42-58), o padrão de vida (JAREBORG; VON HIRSCH, 2005, p. 186-219), a qualidade de vida (PERŠAK, 2016, p. 225-245), etc.

Por sua vez, os parâmetros valorativos orientados pela responsabilidade pessoal, que também estão associados à individualização da pena com fins retributivos ou integradores, fundam a individualização da pena na ideia de liberdade individual, de modo a refletir, na severidade da sanção, o grau de culpa do agente ofensor. Quanto maior for o grau de responsabilidade pessoal pelo delito, mais censurável será a conduta e, conseqüentemente, mais severa deverá ser a punição. Como

tais parâmetros estão mais centrados na desaprovação do ato do agente do que em suas conseqüências, partem de juízos *ex ante facto* para determinar a pena de forma proporcional ao grau de reprovação da conduta. Enquanto o sistema de *civil law* consagrou o conceito de culpabilidade para a individualização da pena (*Strafzumessungsschuld*) como o principal parâmetro valorativo orientado pela responsabilidade pessoal (ACHENBACH, 1974, p. 2-5), o sistema de *common law* se vale do conceito *blameworthiness* como parâmetro para mensurar o grau de censura da conduta (FLETCHER, 2007, p. 50-52).

Finalmente, os parâmetros valorativos orientados pelo risco, vinculados a finalidades preventivas da pena, buscam determinar a pena de acordo com a probabilidade de cometimentos de novos delitos. Trata-se de uma decisão de individualização da pena que parte de um juízo prognóstico para adequar a quantidade e a qualidade da sanção à eficácia do controle da criminalidade. Tais parâmetros orientados pelo risco são de duas espécies: a periculosidade social, de natureza preventivo-geral e baseada no risco da prática delitiva por pessoas indeterminadas da coletividade, e a periculosidade criminal, de natureza

preventivo-especial e baseada no risco de reincidência delitiva do agente ofensor (LYRA, 1958, p. 218).

Analisando as diversas proposições dogmáticas para aferição da gravidade do delito e as concatenando com as três classes de direito penal (de ato, de culpabilidade e de autor) e com as três espécies de parâmetros valorativos para individualização da pena (de lesão, de responsabilidade pessoal e de risco), conclui-se que também é possível agrupar os vetores de aferição da gravidade delitiva em três grandes grupos. Pode-se afirmar, de maneira simplificada, que construções teóricas sobre a gravidade delitiva se encontram historicamente associadas a esses três vetores: a dimensão da ofensa, o grau de reprovação da conduta e o nível de periculosidade do agente. Portanto, a análise da incidência do princípio da insignificância, invariavelmente, deve se socorrer de algum ou de alguns desses três vetores para aferição da gravidade concreta do delito. E a escolha do vetor ou da combinação de vetores deve estar vinculada à finalidade do direito penal eleita pelo sistema jurídico, em observância à proposta funcionalista que concebeu o princípio da insignificância.

3. RESTRIÇÕES JURISPRUDENCIAIS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Antes do estudo propriamente dito das limitações jurisprudenciais ao princípio da insignificância, faz-se necessária uma breve incursão teórica sobre o papel desse princípio na estrutura analítica de delito, bem como uma apreciação da essência axiológica dos três elementos basilares do delito: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Tal digressão é fundamental, pois eventuais entendimentos jurisprudenciais que restringem a incidência do princípio da insignificância devem, obrigatoriamente, ser compatíveis com a natureza do instituto e com sua esfera de intervenção.

Conforme já mencionado, o princípio da insignificância é, em verdade, um critério hermenêutico de interpretação da tipicidade da conduta, confirmando a diretriz das escolas funcionalistas de incorporação de fundamentos axiológicos na avaliação das categorias dogmáticas que compõem a estrutura analítica de delito. Partindo dessa definição, fica claro que a ingerência do princípio da insignificância se encontra adstrita ao tipo penal, especificamente em relação aos fatores valorativos que informam sua função dentro da

estrutura analítica. Se a incidência do princípio da insignificância tem o condão de afastar a tipicidade material da conduta, seu âmbito de atuação está concentrado no conjunto axiológico que determina tal análise típica.

Sendo assim, o princípio da insignificância não atua diretamente sobre quaisquer elementos específicos do tipo penal, sejam eles de natureza objetiva ou subjetiva. Uma vez que esse instituto jurídico assume uma função interpretativa geral da tipicidade, é na substância valorativa do tipo penal que se encontra seu objeto de influência. Portanto, toda discussão sobre a incidência do princípio da insignificância demanda a compreensão da essência da tipicidade como categoria dogmática, tendo em vista que é a partir de sua “função de garantia” que tal instituto opera (ROXIN; GRECO, 2020, p. 383).

A tipicidade como categoria do delito, conforme inicialmente concebida por Von Beling (2002, p. 85-86), era entendida como o “pressuposto fático” do sistema delitivo, ainda sob a égide da teoria causal-naturalista da conduta. Segundo essa formulação inicial, além de ser puramente objetivo (pois os aspectos subjetivos eram afetos à culpabilidade, na vigência da teoria psicológica da culpabilidade),

o tipo delitivo era “livre de valor”, uma vez que Beling entendia que a natureza valorativa era específica da antijuridicidade, ao passo que a conduta típica seria apenas o substrato fático sobre o qual recairia essa valoração. Justamente pelo fato de que, no final do século XIX, o caráter axiológico era relegado à antijuridicidade, von Liszt (1917, p. 336) fazia a distinção entre antijuridicidade formal, que valorava a conduta como contrária ao direito (como transgressão da norma), e antijuridicidade material, que valorava a conduta como contrária à sociedade (como transgressão antissocial).

Ocorre que o caráter puramente descritivo do tipo penal já se encontrou superado com a ascendência da escola neokantista na primeira metade do século XX, principalmente com a pesquisa de Mayer (1915, p. 182-185), que reconheceu elementos normativos do tipo que dependem de juízos de desvalor para sua interpretação. Um passo ainda mais significativo na confirmação de fatores axiológicos na interpretação do tipo penal se deu com o advento da escola finalista e a teoria da adequação social de Welzel (1956, p. 63-66), que propunha a atipicidade de condutas que estivessem em conformidade com a “ordem ético-social da vida em comunidade”.

Mas foi com o funcionalismo de Roxin, cuja finalidade atribuída ao direito penal é direcionada à proteção subsidiária de bens jurídicos, que o tipo penal se reconheceu transpassado por elementos de natureza valorativa. Essa forte influência axiológica deriva da formulação de um conceito material de delito, que submete as categorias delitivas – inclusive o tipo penal – a um filtro valorativo condicionado à verificação da efetiva necessidade de proteção de bens jurídicos no caso concreto, sob um viés político-criminal.

A partir de então, o desvalor social passou a ser entendido como imanente ao injusto penal, constituindo seu fundamento material. O conceito de injusto, por sua vez, abarca o tipo penal, que é fechado e juridicopenalmente específico, e a antijuridicidade, que se apresenta como causa de justificação geral, estruturada conforme princípios de ordem social (Roxin e Greco, 2020, p. 391). Assim, os pressupostos de valoração do fato são pertencentes ao tipo, enquanto que a própria valoração conjunta corresponde à antijuridicidade, ou seja, a antijuridicidade é uma propriedade da conduta típica (sua contradição com as proibições e os mandamentos penais), ao passo que o injusto é entendido como a própria conduta típica

(objeto de valoração) e antijurídica (valoração em si). Portanto, o tipo penal requer, além da exigência de adequação formal à literalidade do preceito legal, uma valoração de seu aspecto material, impondo a verificação concreta de lesões a bens jurídicos que só podem ser combatidas com a atuação do direito penal.

A assunção de um conceito material de delito, em específico por meio da noção de antijuridicidade material, permite a graduação do injusto em diversos níveis de gravidade, o que se mostra útil não só para a individualização da pena, mas também para a interpretação do tipo penal, afastando a tipicidade de condutas cuja gravidade, sob uma perspectiva social, não se mostre merecedora de reprovabilidade penal. Segundo a proposta de Roxin (2020, p. 397-398), a atipicidade de condutas adequadas sob um viés social pode ser reconhecida, em alguns casos, por critérios de imputação objetiva (como, por exemplo, a criação de riscos socialmente permitidos e a assunção da responsabilidade do resultado pela vítima) e, em outros casos, pela incidência do princípio da insignificância.

Em vista dessa fundamentação sistemática, o princípio da insignificância requer uma avaliação do tipo penal como “tipo de injusto”, de modo a permitir que a antijuridicidade material interprete a conduta segundo o “conteúdo de seu significado social”. Assim, o princípio da insignificância atua para excluir a tipicidade de “condutas insignificantes e socialmente toleradas de modo geral”, que não lesionam o correspondente bem jurídico em seu conteúdo material. Compreendendo-se o injusto penal de maneira graduável, é possível excluir a tipicidade de condutas que, embora se amoldem formalmente à descrição legal, não apresentam uma lesividade de bens jurídicos sob uma perspectiva social (ROXIN; GRECO, 2020, p. 720-721).

A par desses fundamentos dogmáticos, cabe, então, analisar alguns dos principais entendimentos jurisprudenciais que, de forma geral e abstrata, restringem o reconhecimento judicial do princípio da insignificância no caso concreto. Embora não tenham a natureza jurídica de normas penais em sentido estrito, esses entendimentos judiciais materializados por meio de súmulas de tribunais superiores têm considerável força normativa, na

medida em que se apresentam como guias interpretativos para decisões em todas as instâncias judiciais inferiores. Ademais, apesar de a função institucional dos tribunais superiores estar voltada à consolidação de entendimentos jurídicos, as restrições gerais e abstratas à incidência do princípio da insignificância implicam limitações na interpretação da tipicidade nos casos concretos, o que vai contra a essência do próprio princípio que dita uma apreciação específica para cada situação factual.

O primeiro entendimento jurisprudencial que merece destaque é aquele consagrado pela Súmula n. 589/2017 do Superior Tribunal de Justiça “É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”, que afasta a aplicação do princípio da insignificância “nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas” (STJ, 2017a). Segundo os precedentes da corte que deram origem a essa súmula em 2017, a inaplicabilidade do princípio da insignificância em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher se fundamenta em argumentos

como a “relevância penal da conduta” (STJ, 2015a; 2015b; 2016a; 2016e; 2016f), a “significativa reprovabilidade da conduta” (STJ, 2016d), o “relevante desvalor da conduta” (STJ, 2016b) e o “bem jurídico tutelado” (STJ, 2016c).

Aqui há de se reconhecer os bem-intencionados esforços do Superior Tribunal de Justiça para buscar respostas mais efetivas a um problema social que aflige de maneira significativa o país, qual seja a violência contra a mulher. Para se ter uma noção da dimensão do enfrentamento dessa questão pelo Poder Judiciário, segundo o relatório “O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (2023, p. 23), apenas no ano de 2022 ingressaram 640.867 processos judiciais de violência doméstica e familiar e/ou feminicídio, sendo que até o final do mesmo ano tramitavam aproximadamente 1 milhão de processos sobre essa matéria.

Todavia, o problema técnico que acomete tal súmula está no fato de que a insignificância decorre da valoração social sobre determinada conduta real e não de uma valoração estritamente jurídica realizada de forma genérica. Não se trata da “relevância penal” da conduta, mas sim de sua “relevância social”.

O mesmo vale para a reprovação da conduta, que parte do desvalor que o grau de ofensa ao bem jurídico representa para a sociedade. Ademais, a natureza do bem jurídico, por si só, não é suficiente para afastar a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, uma vez que lesões ínfimas – ainda que em face de importantes bens jurídicos – podem ser consideradas irrelevantes para a comunidade. Conforme assevera Zaffaroni (2002, p. 495), “em quase todos os tipos em que bens jurídicos admitam lesões graduáveis, é possível conceber ações que sejam insignificantes”.

Justamente em virtude dessa essência social, presume-se que a imensa maioria dos casos materialmente insignificantes sequer extrapolam o núcleo familiar e chegam ao âmbito judicial. Todavia, a Súmula 589 do Superior Tribunal de Justiça não foi editada a partir de uma perspectiva global da realidade fática, mas sim com base em inúmeros precedentes judiciais de crimes e contravenções penais praticados contra mulheres, casos esses que, por estarem judicializados, iniciaram-se, em sua imensa maioria, a partir de comunicações das vítimas às autoridades públicas. Assim, não é que o princípio da insignificância seja inaplicável a crimes ou

contravenções penais praticados contra mulheres no âmbito das relações domésticas, mas os casos que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário são, predominantemente, significantes sob um ponto de vista social. Trata-se, portanto, de uma opção de política criminal encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça para solucionar uma questão prática de precedentes dissonantes, à luz da sensível questão da violência de gênero que atinge o país, ainda que tal resposta não se contabilize com a natureza do princípio da insignificância.

De forma semelhante, a Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicação do princípio da insignificância nas hipóteses de crimes praticados contra a administração pública “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública” (STJ, 2017b). Os precedentes que inspiraram essa súmula se referem a uma maior reprovabilidade da conduta quando o delito ofende a administração pública (STJ, 2016g) e, principalmente, fazem alusão ao argumento de que a “norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moral administrativa, insuscetível de valoração econômica” (STJ, 2016h; 2016i; 2015c; 2015d; 2014^a; 2014b; 2010).

Tal como ocorre com a crítica à Súmula 589, a natureza do sujeito passivo do delito (e.g., mulheres, pessoas vulneráveis, administração pública, etc.) pode implicar um maior grau de reprovação da conduta, todavia as características das vítimas não têm a força de, por si só e de maneira absoluta, afastar a aplicação do princípio da insignificância em todas as situações concretas. Como exemplo, a subtração de uma folha de papel de uma repartição pública, por um funcionário público, formalmente se adequaria ao delito de peculato, embora tal situação, por ser materialmente insignificante, sequer teria potencial para iniciar qualquer procedimento administrativo de responsabilização, muito menos um processo criminal.

Ao contrário do que entende o Superior Tribunal de Justiça, a dimensão material da ofensa não se esgota na esfera patrimonial, pois incorpora todas as esferas de possíveis lesões ao bem jurídico (ROXIN; GRECO, 2020, p. 67). Porém, qualquer que seja o âmbito de lesão ao bem jurídico, seja ele patrimonial ou moral, a dimensão da ofensa será sempre graduável, de acordo com as percepções sociais. Assim, ainda que ofensas à administração pública possam despertar maior censurabilidade

quando comparadas a ofensas a instituições privadas, é perfeitamente possível reconhecer a insignificância de algumas dessas lesões em casos concretos. O que ocorre, mais uma vez, é que casos realmente insignificantes dessa natureza sequer batem à porta do Poder Judiciário, motivo pelo qual os parâmetros utilizados pelos tribunais para edição de súmulas são fundados apenas em casos judicializados e que já passaram pelo primeiro filtro da insignificância, que nasce no ambiente social e opera de forma pré-jurídica.

Ainda mais controversa é a Súmula 606, também do Superior Tribunal de Justiça, que rechaça a aplicação do princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência “não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/1997” (STJ, 2018). O propósito de tal súmula, extraído dos precedentes que lhe inspiraram (STJ, 2017c; 2017d; 2017e), é consolidar o entendimento no sentido de que a transmissão de sinal de internet, via rádio, é atividade de

telecomunicação, e seu exercício clandestino, sem autorização do órgão regulador responsável (Anatel), enquadra-se na tipificação penal do art. 183 da Lei n. 9.472/1997.

Pois bem, se a intenção do Superior Tribunal de Justiça era pacificar um entendimento sobre o enquadramento de uma atividade clandestina em determinado tipo penal, poderia tê-lo feito sem o expediente do princípio da insignificância. O apelo a tal princípio, nesse caso, é tecnicamente equivocado, pois se trata de uma questão de tipicidade formal (de adequação do fato à descrição legal) e não de tipicidade material (de efetiva lesão a bens jurídicos no caso concreto). Mesmo se fixando a tese de que a “transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência caracteriza o crime de desenvolvimento clandestino de atividade de telecomunicação”, ainda sim é plausível o reconhecimento da insignificância em casos concretos, quando, por exemplo, tal transmissão ocorresse em um curtíssimo período de tempo e para fins de teste de um equipamento. A insignificância é um conceito valorativo que diz respeito à intensidade e à duração da ofensa ao bem jurídico e não

um conceito descritivo que diz respeito ao enquadramento típico de determinada conduta.

Por fim, um entendimento jurisprudencial recorrente em tribunais superiores e que merece reflexão é aquele que relaciona a incidência do princípio da insignificância à análise de fatores vinculados à pessoa do agente, como a reincidência e a contumácia delitiva. De acordo com tal posicionamento, a habitualidade delitiva e a reincidência poderiam revelar “reprovabilidade suficiente a afastar a aplicação do princípio da insignificância” (2013c; 2013d; 2013^a). O fundamento central dessa jurisprudência se apoia na noção de que o histórico criminoso do agente implicaria maior grau de reprovação de sua conduta, circunstância essa que, para os precedentes, tornaria a conduta “materialmente típica”². Há julgados que vão além e afastam a aplicação do princípio da insignificância com alusão à “personalidade do agente, voltada ao cometimento de delitos patrimoniais (reincidência específica)” (STF, 2013c). É bem verdade que vem se consolidando, no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a reincidência e a habitualidade delitivas

não são critérios absolutos que, por si só, sempre afastariam a aplicação do princípio da insignificância, porém, a contrario sensu, tal posicionamento ratifica a possibilidade de apreciação desses critérios durante a análise da tipicidade material (STF, 2015; 2022).

O problema dessa linha argumentativa está no fato de que, dentro de uma concepção dogmática da teoria do delito, fatores e características relacionados à pessoa do agente são elementos afetos à culpabilidade e não à tipicidade. Por uma questão sistemática, partindo-se do conceito analítico de delito consagrado no sistema penal de civil law, a apreciação da tipicidade da conduta ocorre em momento anterior à apreciação da culpabilidade do agente. Portanto, a valoração da incidência ou não do princípio da insignificância tem como norte o grau de ofensa ao bem jurídico, próprio da tipicidade, não antecipando a apreciação de aspectos pessoais do agente, próprios da culpabilidade.

Isso não quer dizer que, sob uma perspectiva social, a reincidência do agente não possa gerar maior censura de sua conduta. Porém, a incorreção do entendimento jurisprudencial

2 Neste sentido: “Apesar de ser critério subjetivo, a reincidência remete a critério objetivo e deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância, não estando sujeita a interpretações doutrinárias e jurisprudenciais ou a análise discricionária. Criminoso reincidente, como o ora Paciente, apresenta comportamento reprovável, cuja conduta deve ser considerada materialmente típica”. (STF, 2012).

mencionado se encontra na vinculação dessa maior reprovação à tipicidade da conduta, em específico ao instituto do princípio da insignificância. Embora Roxin adote o conceito mais amplo de “responsabilidade” (que engloba a culpabilidade e a necessidade preventiva de pena) como terceira categoria da estrutura analítica de delito, a valoração de elementos de natureza pessoal do agente continua não figurando no âmbito do injusto. Enquanto a reprovação do injusto (conduta típica e antijurídica) parte de uma perspectiva de ofensa à ordem social e jurídica, a reprovação da responsabilidade (incluindo a culpabilidade) parte de uma perspectiva de responsabilização do agente (Roxin e Greco, 2020, p. 962). Sendo assim, é plenamente possível um juízo de maior reprovação sobre condutas criminosas reiteradas ou habituais, porém tal avaliação, por se tratar de aspectos relacionados à figura do agente, é própria da culpabilidade e não da tipicidade, motivo pelo qual não devem influir na apreciação do princípio da insignificância.

Observa-se, a partir da análise dos precedentes que deram origem aos entendimentos jurisprudenciais alvitados, que os tribunais superiores tinham “bons motivos” – ou, ao menos, certa razoabilidade –

para não afastar a punição nos casos concretos avaliados. Esses “bons motivos” nada mais são do que a consciência jurídica material dos julgadores, que, segundo Santiago Nino (2010, p. 351), consubstancia-se no “desejo de chegar a uma decisão valorativamente aceitável”. Muitas vezes, a consciência jurídica material concorre com a consciência jurídica formal dos magistrados, responsável por incitar a aplicação das normas de acordo com os ditames legais e com a técnica jurídica. Nos casos dos entendimentos citados sobre o princípio da insignificância, ainda que haja boas razões de política criminal para seu afastamento (como, por exemplo, maior proteção à mulher nos crimes praticados no âmbito doméstico), a generalização motivada pela pretensão de consolidação da jurisprudência contrasta com a própria natureza do instituto, que reivindica uma análise valorativa particularizada, construída em caso a caso.

4. CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O julgado mais relevante para a aplicação judicial do princípio da insignificância no Brasil é o HC 84412 do Supremo Tribunal Federal, que, em 2004, estabeleceu os vetores para aferição da tipicidade material da

conduta. Tal precedente foi exaustivamente replicado em diversas decisões judiciais que o sucederam, a ponto de gerar um entendimento jurisprudencial consolidado sobre os critérios de aplicação do princípio da insignificância. Baseado no princípio da intervenção mínima do direito penal, em especial na qualidade fragmentária desse ramo jurídico, o referido julgado concebeu quatro requisitos para o reconhecimento do princípio da insignificância no caso concreto: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) nenhuma periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, 2004).

De plano, é possível constatar que o citado precedente se utilizou, na proposição dos quatro requisitos, das expressões “conduta do agente”, “ação” e “comportamento”. Trata-se de alusões ao mesmo instituto jurídico, o qual a dogmática penal simplesmente nomeia como “conduta”, conceito esse que abrange tanto as ações quanto as omissões humanas penalmente relevantes. Logo, inicialmente é possível simplificar a enunciação dos vetores por meio do emprego de um conceito uniforme, uma

vez que o objeto de valoração vislumbrado é a conduta do agente ofensor.

No entanto, uma reflexão mais acurada sobre os critérios atualmente utilizados pela jurisprudência para avaliação do princípio da insignificância demanda, inexoravelmente, o cotejo com os vetores de aferição da gravidade delitiva apresentados, ao logo dos tempos, pela doutrina penal. Conforme já explanado anteriormente, com base nas três classes de direito penal e nas três ordens de parâmetros valorativos para individualização da pena, é possível graduar a gravidade dos delitos de acordo com estes três vetores universais: a dimensão da ofensa, o grau de reprovação da conduta e o nível de periculosidade do agente.

Inicialmente, infere-se que o nível de periculosidade do agente, que se orienta pelo risco de cometimento de novos delitos e se aproxima de uma proposta penal centrada na figura do ofensor, não é compatível com o instituto da tipicidade material, já que requer a avaliação de aspectos particulares do agente e não afetos ao tipo penal. Assim, de antemão, exclui-se o vetor da periculosidade do agente das hipóteses de mensuração da gravidade delitiva para fins de incidência do princípio da insignificância, remanescendo apenas os

vetores da dimensão da ofensa e da reprovação da conduta.

O vetor do grau de reprovação da conduta, não obstante se oriente pela responsabilidade do agente, mostra-se compatível com a análise típica, uma vez que a censura é um juízo externo que recai sobre a conduta do agente e não sobre o agente em si. Ainda que juízos de reprovabilidade estejam mais associados a finalidades retributivas e integradoras da pena, o próprio Roxin (2020, p. 962) – embora defensor de um direito penal preventivo – reconhece que o injusto penal está submetido a juízos de desvalor sob a perspectiva da ofensa à ordem jurídica e social. Além disso, há de se ressaltar que tal parâmetro valorativo não encontra óbices no sistema jurídico brasileiro, já que o Código Penal, na parte final do caput de seu art. 59, prevê a retribuição como uma das finalidades almeçadas da pena.

Art. 59 O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (Brasil, 1940, art. 59).

Observa-se que o terceiro critério de avaliação do princípio da insignificância citado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qual seja o “reduzidíssimo

grau de reprovabilidade do comportamento”, reproduz o vetor do grau de reprovação da conduta para aferição da gravidade delitiva. Portanto, é possível fixar, no ordenamento jurídico brasileiro, que um dos critérios para avaliação do princípio da insignificância no caso concreto deve se relacionar com o grau de censura social que recai sobre a conduta do agente. Ou seja, como uma das condições para a exclusão concreta da tipicidade material, exige-se que a conduta criminosa ostente um reduzidíssimo grau de desaprovação pela população em geral.

Por fim, com base no vetor de graduação da gravidade delitiva referente à dimensão da ofensa, é possível perceber uma considerável redundância em três dos quatro critérios de aplicação do princípio da insignificância elaborados pelo Supremo Tribunal Federal: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Pode-se afirmar que os três critérios acima elencados tratam da mesma questão, qual seja, o nível de ofensa a um interesse jurídico provocado pela conduta delitiva.

Quando se fala em “ofensividade” e em “lesão jurídica” dentro de uma análise do

injusto penal, em verdade, faz-se referência ao mesmo objeto: o malefício gerado pelo delito. Por outro lado, não ficou muito claro o que se pretendia aferir com o critério da “nenhuma periculosidade social da ação”, pois o julgado paradigma não indica o raciocínio por detrás dessa formulação. O termo “periculosidade” comumente é utilizado para um juízo de risco, que em sede de individualização da pena se refere ao risco de cometimento de novos delitos. Contudo, na análise da tipicidade penal, é mais condizente que o termo “periculosidade” se refira ao risco de lesão gerado pela conduta, posição essa reforçada pelo emprego do adjetivo “social” e pela referência à ação e não ao agente. Cumpre salientar que não há que se falar em periculosidade do agente para incidência do princípio da insignificância, devido à incompatibilidade desse conceito com a análise típica. Por conseguinte, se a expressão “nenhuma periculosidade social da ação” for interpretada a partir da noção de risco de lesão gerado pela conduta, novamente se estaria diante de questões relativas à ofensividade, porém sob uma perspectiva potencial.

Conclui-se que os critérios de “mínima ofensividade da conduta do agente”, “nenhuma periculosidade social da ação” e

“inexpressividade da lesão jurídica provocada” são contemplados pelo vetor geral da dimensão da ofensa. Conforme anteriormente citado, a mensuração da dimensão da ofensa pode se valer de diversos parâmetros valorativos propostos pela doutrina, cujo objeto de análise pode ser, por exemplo, o interesse jurídico, a vantagem indevida, a qualidade de vida, etc. Porém, considerando a tradição penal romano-germânica que influencia o ordenamento jurídico brasileiro, a noção mais familiar ao jurista nacional e que pode melhor servir de parâmetro para a mensuração da ofensa é o conceito de bem jurídico, que também se mostra substancialmente compatível com a concepção de princípio da insignificância desenvolvida por Roxin.

Diante do exposto, os quatro requisitos formulados pelo Supremo Tribunal Federal para análise do princípio da insignificância podem ser substituídos por apenas dois critérios, mais compatíveis com a essência dogmática da tipicidade material e mais qualificados a refletir as noções gerais sobre gravidade delitiva, quais sejam: (a) inexpressividade da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico; (b) reduzidíssimo grau de reprovação social da conduta. Não obstante, uma vez estabelecidos

os melhores critérios de avaliação do princípio da insignificância, faz-se necessário definir o referencial valorativo ideal para consubstanciar o juízo sobre a tipicidade material da conduta.

Basicamente, todo juízo de valor depende de um referencial axiológico de origem metajurídica para guiar o julgador na busca de uma solução justa para o caso concreto. As decisões judiciais, de modo geral, carregam consigo uma intenção de justiça que, inevitavelmente, refletem juízos morais. Tal constatação de maneira alguma pode ser interpretada como a moralização do direito penal, no sentido de uma busca pelo virtuoso. Ao contrário, a ingerência de fatores morais é uma condição inexorável de todos os ramos jurídicos e seu reconhecimento demonstra que há um escalonamento jurídico-dogmático do conteúdo moral, ou seja, a tradução de princípios morais para a linguagem jurídica (Habermas, 1996, p. 205-206).

Adentrando aos critérios de avaliação do princípio da insignificância, os juízos de reprovabilidade e de inexpressividade reclamam uma interpretação cotidiana, pois nenhum sistema jurídico é completo o bastante para oferecer ao julgador todos os referenciais valorativos necessários. A integração do

sistema penal depende do trespasse de valores morais por meio de aberturas sistêmicas, pois não é possível realizar um juízo de reprovação, cuja essência é primordialmente mundana, apenas a partir de referenciais primordialmente jurídicos. E a base principiológica que restringe o poder punitivo, limitação essa ínsita ao princípio da insignificância, tem sua origem em valores morais historicamente consolidados em sociedade (DWORKIN, 1977, p. 12-13).

Ao avaliar uma conduta como mais ou menos reprovável, ou uma lesão como mais ou menos expressiva, o juiz precisa de uma tábua de valores para satisfazer a demanda por justiça inerente ao direito. Acerca da eleição dessa tábua de valores, há três fontes axiológicas extrassistêmicas que podem fornecer ao julgador referenciais de justiça: as intuições pessoais do julgador sobre justiça, os ideais de justiça proclamados pela filosofia moral e as percepções de justiça extraídas da sociedade (FISCHER, 2023, p. 142).

Ainda que a vertente realista defenda que as intuições pessoais do julgador movem a maioria das decisões judiciais na prática, é certo que esse referencial valorativo se mostra um tanto quanto problemático, principalmente por apresentar uma deficiência crônica de legitimidade

democrática. Um livre voluntarismo kelseniano para preenchimento de aberturas sistêmicas (KELSEN, 1994, p. 97-99), desprovido de qualquer sujeição democrática, pode levar tanto à insegurança jurídica – já que não se espera uma uniformidade na visão de mundo dos julgadores – quanto a crises de validade da decisão. Por isso, o emprego, pelo juiz, de uma tábua de valores pessoais na interpretação da tipicidade material do delito deve ser rechaçado, uma vez que não satisfaz a pretensão de validade inerente ao processo comunicativo originário de uma decisão judicial.

Em contrapartida, a adoção de ideais de justiça proclamados pela filosofia moral, pretensamente perenes e universais, poderia conferir maior segurança jurídica às decisões judiciais. Contudo, a utilização de um referencial valorativo deontológico, baseado em standards morais transcendentais que estabelecem máximas de conduta, transformaria o direito penal em um sistema de imposição vertical de uma moralidade ideal ou crítica, não praticada em comunidade, ao contrário da moralidade social ou positiva consensualmente aceita (HART, 1963, p. 17-24). A referência a uma ética universal, impositiva de imperativos categóricos (KANT, 2005, p. 79), não serve

como modelo valorativo prático para um sistema penal com pretensão de legitimidade democrática, pois ignora o contexto social que a norma penal pretende regular. A justiça, como conceito ideal, é uma experiência aporética, pois se mostra “incalculável, rebelde às regras”, de acordo com as palavras de Derrida (1992, p. 14-22). Assim, a tipicidade material não deve ser aferida com base em padrões alheios à experiência comum, pois a insignificância de uma conduta se encontra vinculada ao contexto no qual emergem os processos comunicativos.

O referencial valorativo que atende melhor à pretensão de legitimidade democrática do princípio da insignificância é aquele baseado nas percepções gerais de justiça extraídas da sociedade. Mediante tal referencial, o juiz se vale da tábua de valores efetivamente praticados em sociedade – próprios da noção de moralidade social – para avaliar o grau de reprovação da conduta ou a expressividade da lesão a bens jurídicos. Aqui, não se busca uma decisão justa em si, como uma qualidade que lhe seja intrínseca e inquestionável, mas sim uma decisão que seja percebida como justa pelo tecido social (ROBINSON, 2008, p. 9-14).

A utilização do referencial valorativo das percepções sociais de justiça na interpretação

da tipicidade material da conduta tende a conferir maior grau de consensualidade à decisão judicial, uma vez que estudos empíricos revelam que julgamentos humanos sobre graves ofensas tendem a ser mais influenciados por processos intuitivos do que por processos racionais (DARLEY; ROBINSON, 2007, p. 9). Sendo assim, cabe à percepção social determinar se as condutas em julgamento passam ou não pelo crivo da insignificância, ou seja, a reprovabilidade e a dimensão da ofensa devem ser mensuradas com os olhos da sociedade e não do julgador. Aliás, esse posicionamento se coaduna com a proposta de Roxin (2020, p. 720), que preconiza que a interpretação da tipicidade material da conduta deve se guiar pelo “seu significado social”.

Por permitir a obtenção de uma consensualidade mais alargada, o emprego do referencial valorativo das percepções sociais de justiça confere maior legitimidade democrática à decisão judicial, tornando-a mais estabilizadora, na medida em que traduz as expectativas generalizadas da sociedade. Se o direito democrático, segundo Hespanha (2019, pp. 51-52), é orientado por valores retirados das regras práticas da vida comunitária e partilhados pela generalidade de pessoas,

então é a interpretação social da tipicidade material que se mostra apta a conferir validade ao processo comunicativo que emerge do julgamento penal. Portanto, a decisão que avalia o princípio da insignificância – como toda decisão judicial – deve passar por um controle superveniente de validade, que extrapola a relação jurídico-processual, na medida em que sua legitimidade democrática precisa ser reconhecida pela sociedade, para se alcançar a felicidade performativa do processo comunicativo (AUSTIN, 1962, p. 25-34). Dentre as três opções de referenciais valorativos que se encontram à disposição do juiz, sem dúvida as percepções sociais de justiça se mostram a opção que melhor atende aos requisitos dogmáticos do princípio da insignificância e às pretensões de validade das decisões judiciais.

5. CONCLUSÃO

Embora tenha sido concebido pelo pensamento funcionalista do direito penal alemão, é indubitável que o princípio da insignificância ganhou feições próprias na experiência jurídica brasileira, principalmente pelo fato de que seu significado nacional se desenvolveu, preponderantemente, no âmbito

do Poder Judiciário. Portanto, a compreensão do princípio da insignificância no Brasil partiu de uma perspectiva jurisprudencial dos tribunais superiores, muitas vezes alheia a questões dogmáticas de natureza sistemática, justamente por estar comprometida com a solução de questões de ordem procedimental, em especial a uniformização de precedentes judiciais. Ademais, a função atribuída ao princípio da insignificância no Brasil extrapolou sua finalidade político-criminal original, qual seja a de afastar a responsabilização penal de ofensas inexpressivas ao bem jurídico, uma vez que esse instituto passou a ser reconhecido como um instrumento para mitigar o problema do encarceramento nacional.

Por um lado, a apreensão do princípio da insignificância pelo contexto sociojurídico brasileiro suscitou uma expansão de seu conceito, a ponto de abarcar condutas cujas ofensas a bens jurídicos não são propriamente insignificantes sob uma perspectiva social. Por outro lado, essa expansão conceitual provocou um movimento jurisprudencial de contenção da amplitude de incidência do princípio da insignificância em algumas matérias pontuais e socialmente sensíveis, como, por exemplo, a violência de gênero,

a corrupção da administração pública e a habitualidade criminal. Entretanto, ainda que seja profícua a adaptação de conceitos dogmáticos para resolver problemas locais, muitas das soluções encontradas pelos tribunais superiores se mostram incompatíveis com a natureza do instituto jurídico do princípio da insignificância, principalmente por tentarem generalizar decisões que, por sua essência, deveriam ser analisadas caso a caso.

Diante dessa problemática, o ideal seria o ordenamento jurídico brasileiro encontrar outro instituto jurídico mais apto a solucionar a questão dos altos índices de encarceramento nacional, ou mesmo desenvolver localmente um novo instituto especificamente voltado a tal fim. Todavia, é inegável a predileção da doutrina e da jurisprudência brasileiras pela importação de conceitos jurídicos, principalmente de origem germânica, do mesmo modo como há de se reconhecer que a aplicação do princípio da insignificância já se mostra consolidada em nosso sistema jurídico, de modo que sua substituição por outro instituto jurídico mais apto se mostra pouco provável em curto e médio prazo.

Portanto, o expediente momentâneo para corrigir a dissonância entre a natureza

jurídica do princípio da insignificância e o entendimento que lhe é conferido pela jurisprudência brasileira passa por uma forçosa ressignificação de seu conceito, aproximando-o de sua base dogmática originária, porém sem ignorar a necessidade de conformação de sua definição para lhe capacitar a enfrentar as adversidades do contexto social nacional. Assim, visando tornar a análise do princípio da insignificância mais precisa e condizente com a gravidade concreta do delito, sugere-se a substituição dos antigos vetores utilizados pela jurisprudência por apenas dois:

- (a) inexpressividade da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico;
- (b) reduzidíssimo grau de reprovação social da conduta.

Com isso, além de conferir mais simplicidade e praticidade à análise do princípio da insignificância, pois se evita o emprego de critérios redundantes e de significados ambíguos, tais requisitos ora apresentados se mostram tecnicamente mais congruentes com o conceito dogmático desse instituto jurídico. Contudo, para que se atinja a máxima felicidade comunicativa, de modo a satisfazer as pretensões de validade e de eficácia da decisão judicial, é imprescindível

que o julgador se oriente pelo referencial valorativo das percepções sociais de justiça para integralizar o conteúdo do princípio da insignificância, durante o juízo de tipicidade material da conduta.

REFERÊNCIAS

ACHENBACH, Hans. **Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre**. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974.

AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. Oxford: Oxford University Press, 1962.

BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha: ano 2022**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/relatorio-violencia-domestica-2023.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Unidades da Federação 2020/2022: sistemas penal e socioeducativo**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-ufs-2020-2022.pdf>.

DARLEY, John M; ROBINSON, Paul H. Intuitions of justice: implications for criminal law and justice policy. **Southern California Law Review**, Califórnia, v. 81, n.1, 2007.

DAVIS, Michael. Criminal desert and unfair advantage: what's the connection? **Law and Philosophy**, v. 12, n. 2, May 1993, p. 133-156.

DERRIDA, Jacques. Force of Law: the 'mystical foundation of authority'. In: CARLSON, David Gray; CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel (Edit.). **Deconstruction and the possibility of justice**. London/New York: Routledge, 1992, p. 3-67.

- DUFF, Robin Antony. **Punishment, communication, and community**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.
- FEINBERG, Joel. **Harm to others**. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinliche Rechts**. Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1799. v. 2.
- FISCHER, Fernando Bardelli Silva. **Individualização comunicativa da pena**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.
- FLETCHER, George P. **The grammar of criminal law: American, comparative, and international**. Volume one: foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Introducción al derecho penal**. Madrid: Ramón Areces, 2006. 4. ed.
- HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Trad. Willian Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **Law, liberty, and morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HEMPEL, Carl Gustav; OPPENHEIM, Paul. **Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik**. Leiden: A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., 1936.
- HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI**. Coimbra: Almedina, 2019.
- HÖRNLE, Tatjana. **Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania**. Buenos Aires: FD Editor, 2003.
- IHERING, Rudolf von. **El fin en el derecho**. Trad. Leonardo Rodríguez. Madrid: B. Rodríguez Serra, 1911.
- JAREBORG, Nils; VON HIRSCH, Andreas. Gauging crime seriousness: a 'living standard' conception of crime harm. In: ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andreas. **Proportionate sentencing: exploring the principles**. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 186-219.
- KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Oliver; SUNSTEIN, Cass R. **Noise: a flaw in human judgment**. New York: Little, Brown Spark, 2021.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad. Clélia Aparecida Martins, et al. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Ícone, 2005.
- KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre: Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik**. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1994.
- LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1917. Tomo II.
- LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal: Vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 2. ed.
- MAYER, Max Ernst. **Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts**. Heidelberg: Winter, 1915.
- MORRIS, Herbert. Persons and punishment. **The monist**, v. 52, n. 4, October 1968, p. 475-501.
- PERŠAK, Nina. Using "quality of life" to legitimate criminal law intervention: gauging gravity, defining disorder. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). **Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch**. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 225-245.
- ROBINSON, Paul H. **Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?** Oxford: Oxford University Press, 2008.

ROXIN, Claus. **Strafrechtliche Grundlagenprobleme**. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1973.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen**. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2020.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SMITH, Adam. **Lectures on jurisprudence**. Indianapolis: Liberty Fund, 1992.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Turma). **AgRg no Ag 1105736 MG**. 7 de dezembro de 2010. Brasília: STJ, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Turma). **AgRg no AREsp 342908 DF**. 18 de junho de 2014. Brasília: STJ, 2014a.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Turma). **AgRg no REsp 1382289 PR**. 5 de junho de 2014. Brasília: STJ, 2014b.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Turma). **AgRg no REsp 1543718 MS**. Agravo Regimental no Recurso Especial 2015/0171297-8. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3 de setembro de 2015. Brasília: STJ, 2015a.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Turma). **AgRg no HC 318849 MS**. Agravo Regimental no Habeas Corpus 2015/0056038-6. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 27 de outubro de 2015. Brasília: STJ, 2015b.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Turma). **AgRg no AREsp 487715 CE**. 18 de agosto de 2015. Brasília: STJ, 2015c.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Turma). **AgRg no AREsp 614524 MG**. 14 de abril de 2015. Brasília: STJ, 2015d.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Turma). **HC 333195 MS**. Habeas Corpus 2015/0200666-0. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 12 de abril de 2016. Brasília: STJ, 2016a.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Turma). **AgRg no AREsp 845105 SP**. Agravo

Regimental no Recurso Especial 2016/0025787-3. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 19 de abril 2016. Brasília: STJ, 2016b.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Turma). **AgRg no AREsp 535917 MS**. Agravo Regimental no Recurso Especial 2014/0154875-7. Relator: Rogério Schietti Cruz, 14 de junho 2016. Brasília: STJ, 2016c.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Turma). **AgInt no AREsp 758017 SP**. Agravo Interno Agravo em Recurso Especial 2015/0194163-4. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 9 de agosto de 2016. Brasília: STJ, 2016d.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Turma). **AgRg no REsp 1463975 MS**. Agravo Regimental no Recurso Especial 2014/0159810-9. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 9 de agosto de 2016. Brasília: STJ, 2016e.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Turma). **AgRg no REsp 1602827 MS**. Agravo Regimental no Recurso Especial 2016/0145781-0. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 20 de outubro de 2016. Brasília: STJ, 2016f.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Turma). **HC 274487 SP**. 5 de abril de 2016. Brasília: STJ, 2016g.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Turma). **AgRg no AREsp 572572 PR**. 8 de março de 2016. Brasília: STJ, 2016h.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Turma). **AgRg no HC 188151 SP**. 23 de fevereiro de 2016. Brasília: STJ, 2016i.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Turma). **AgInt no REsp 1470311 CE**. 18 de agosto de 2016. Brasília: STJ, 2016j.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Turma). **AgRg no REsp 1560335 MG**. 21 de junho de 2016. Brasília: STJ, 2016k.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Turma). **AgRg no AREsp 852730 SP**. 2 de junho de 2016. Brasília: STJ, 2016l.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Súmula 589**. É inaplicável o princípio da

insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. Terceira Seção, 13 de setembro de 2017. Brasília: STJ, 2017a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/>. Acesso em: 6 dez. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Súmula 599**. O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. Corte Especial, 20 de novembro de 2017. Brasília: STJ, 2017b. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/>. Acesso em: 6 dez. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Turma). **AgRg no AREsp 971115 PA**. 27 de abril de 2017. Brasília: STJ, 2017c.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Turma). **AgRg no AREsp 941989 MS**. 30 de março de 2017. Brasília: STJ, 2017d.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Turma). **AgRg no AREsp 682689 MG**. 7 de março de 2017. Brasília: STJ, 2017e.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Súmula 606**. Não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/1997. Terceira Seção, 11 de abril de 2018. Brasília: STJ, 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/>. Acesso em: 6 dez. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Segunda Turma). **HC 84412-0 SP**. Relator: Min. Celso De Mello, 19 de outubro de 2004. Brasília: STF, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Primeira Turma). **HC 111394**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 24 de abril de 2012. Brasília: STF, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Segunda Turma). **RHC 111489**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de junho de 2013. Brasília: STF, 2013a.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Primeira Turma). **RHC 117807**. Relatora: Min. Rosa Weber, 25 de junho de 2013. Brasília: STF, 2013b.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Segunda Turma). **HC 118040**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 8 de outubro de 2013. Brasília: STF, 2013c.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Primeira Turma). **HC 118514**. Relatora: Min. Rosa Weber, 19 de novembro de 2013. Brasília: STF, 2013d.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Tribunal Pleno). **HC 123108**. Relator: Min. Roberto Barroso, 3 de agosto de 2015. Brasília: STF, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Primeira Turma). **HC 188494 AgR**. Relatora: Min. Rosa Weber, 8 de fevereiro de 2022. Brasília: STF, 2022.

VON HIRSCH, Andreas. **Deserved criminal sentences**. Oxford: Bloomsbury, 2017.

WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Fernando Bardelli Silva Fischer

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Ciências Criminais pela UFPR/ICPC e pelo UniCuritiba. Professor de Direito Penal do Curso de Pós-Graduação da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Juiz de Direito no Estado do Paraná (TJ-PR).