# Insignificância da lesão e (des)necessidade de aplicação de pena

Em importante aresto da lavra do ministro Gilmar Mendes, ficou mais uma vez demonstrada a possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância para condutas com mínima lesividade ao bem jurídico, mesmo que o agente não seja primário. O entendimento se deu no recurso ordinário em Habeas Corpus 210.198/DF, interposto em face do acórdão proferido pela 6ª Turma do STJ, que negou provimento ao agravo regimental no Habeas Corpus 552.039/DF. Consta dos autos que o paciente foi e do CP, artigo 155, *caput*, à pena de um ano de reclusão, em regime o furto de uma peça de picanha avaliada em R$ 52.

Ponderou o ministro que, em que pese o posicionamento pretérito da corte no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada [1], o caso em concreto demonstrou peculiaridades que reclamaram o provimento do apelo. Asseverou que, para a sua aplicação, somente aspectos objetivos devem ser analisados pelo julgador, uma vez que, considerando-se a insignificância como causa de exclusão da tipicidade da conduta, seria equivocado afastar-lhe a incidência pelo fato de o paciente possuir antecedentes criminais.

*"O princípio da insignificância (das Geringfügigkeitsprinzip), ora em debate, nada mais é do que um critério dogmático a ser empregado no âmbito de análise da tipicidade material"* [2].

Por fim, entendeu o ministro que mesmo com a caracterização da tipicidade formal da conduta, consistente na adequação da conduta do agente ao modelo descrito na lei penal, não há tipicidade material, tendo em vista a inexistência de efetiva e concreta lesão ao bem jurídico tutelado.


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A verificação da legalidade formal não é mais suficiente para solucionar as questões jurídico-penais que se apresentam na sociedade. Além da subsunção do fato à norma (subsunção formal), também se faz necessária a presença da efetiva lesividade da conduta, não traduzida apenas como um comportamento interno do agente, mas, sim, uma exteriorização apta a lesar ou expor a risco bens jurídicos de terceiros. Dessa forma, o agente não poderá ser punido por autolesão (agressão a bem jurídico próprio), mas apenas pela conduta lesiva relevante direcionada a terceiros ou à coletividade.

Já há tempos há a presença de duas vertentes dicotômicas e antagônicas de interpretação das normas penais em nosso ordenamento jurídico. De um lado encontramos os adeptos da política do *law and order* , fortemente inspirada pela teoria das janelas quebradas, implementada pela prefeitura de Nova York no início da década de 90, a qual entende o Direito Penal como instrumento repressivo e punitivo do Estado, em que o incremento das sanções e a presença dos agentes de segurança são os pilares das políticas de segurança pública. Por outro, encontramos a linha de pensamento autodenominada *Direito Penal democrático*, alinhada com os ideais garantistas de soberania dos direitos individuais do cidadão e de intervenção mínima do Estado. Entende esta última que a sanção penal, por afetar direito sensível do ser humano (liberdade), carrega especial caráter gravoso, tendo apenas seu uso legitimado quando a medida for essencial para a pacificação social, caso contrário, deverá o Estado valer-se de outros meios para dirimir o conflito.

Caso a gravidade da sanção exceda o valor do bem jurídico tutelado pela norma, estará o Estado subvertendo sua função precípua, que é a promoção do bem viver entre as pessoas, passando a não ter justificativa racional para sua aplicação. Por ser o Estado uma abstração jurídica, resultado das ideias iluministas de supremacia da razão nas decisões que importam ao bem comum, não seria admissível que a estrutura penal apenas enxergasse no incremento da pena e na diminuição das liberdades individuais os meios de contenção da criminalidade. De igual forma, por ser produto da razão, não seria razoável que o sistema criminal ficasse sujeito aos desejos do clamor popular ou da vingança privada, devendo sempre sopesar a necessidade da reprimenda e seu efeito no comportamento do agente.

Decorrente da visão penal despenalizadora e garantista, tem a doutrina enumerado os subprincípios que deverão nortear o interprete da norma, entre os quais citamos o da *subsidiariedade, fragmentariedade, insignificância, adequação da intervenção estatal e exclusiva proteção de bens jurídicos com dignidade penal*. A subsidiariedade se dá quando outros ramos do Direito regulam satisfatoriamente e eficazmente determina conduta, não se justificando a utilização do Direito Penal. Como exemplo, citamos a revogação do CP, artigo 240, relativo ao crime de adultério, que reservou apenas ao Direito Civil as questões envolvendo a fidelidade do casal. A fragmentariedade, por sua vez, se verifica quando da vasta gama de atos ilícitos, o Direito Penal se ocupar apenas de uma pequena parcela, ou fragmento, correspondente aos atos mais graves contra os bens jurídicos mais importantes.


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Não é toda lesão ou ameaça de lesão que merece a intervenção penal, vez que determinadas ações agridem de forma tão diminuta, ínfima, que a sanção penal, extremamente gravosa, seria desproporcional e desnecessária. Assim, apenas lesões ou ameaças de lesão graves merecem a tutela penal. Correlato aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, o *princípio da insignificância* orienta a irrelevância penal das infrações à letra fria da lei que não revele significativa lesão ou ameaça de lesão a direito de terceiro. Mesmo que formalmente estejamos diante de uma infração, materialmente não haverá crime, vez que a insignificância do bem jurídico lesado afasta a necessidade da intervenção do Estado.

Já dizíamos em nosso "Curso de Direito Penal" que, *"se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica. É que no tipo não estão descritas condutas incapazes e ofender o bem tutelado, razão pela qual o dano de nenhuma monta deve ser considerado fato atípico"* [3]. André Estafam ressalta que, para parte da doutrina, o princípio da insignificância, denominado de "bagatela imprópria", por se tratar de valoração do juiz quanto à necessidade de aplicação da pena, ao invés de causar atipicidade da conduta, resultaria no afastamento da culpabilidade:

*"A exclusão da culpabilidade se basearia numa leitura da teoria funcionalista da culpabilidade, segundo a qual a aplicação da pena deve ser calcada não só na constatação de que o indivíduo podia agir de outro modo, mas na avaliação do cumprimento (ou satisfação) de necessidades preventivas (ou seja, verificar se a aplicação da pena atenderia ao postulado da prevenção de novos crimes)"* [4].

Cezar Roberto Bitencourt entende que o princípio *reside na desproporcional lesão ou ofensa produzida ao bem jurídico tutelado, com a gravidade da sanção cominada. A insignificância sitia-se no abismo que separa o grau da ofensa produzida (mínima) ao bem jurídico e a gravidade da sanção que lhe é cominada* [5].

Como bem salientou o ministro Gilmar Mendes em sua decisão, os critérios para a sua aplicação são objetivos, devendo o intérprete levar em consideração as nuances do fato propriamente dito, dispensando-se demais considerações sobre condições pessoais do autor. Nesse contexto, prevalece a posição tradicional que leva em consideração o ínfimo desvalor do resultado em contraponto à gravidade da sanção penal [6].

Decidiram nossos tribunais superiores que os requisitos para o reconhecimento da insignificância são: a) a mínima ofensividade da conduta; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e; d) a inexpressividade da lesão jurídica. Há, porém, entendimento minoritário no sentido que de que a primariedade do agente também deverá ser levada em conta, vedando o reconhecimento da insignificância se a conduta for repetitiva [7].

Comungamos, portanto, do entendimento de Gustavo Junqueira ao dizer que *"não podem ser levadas em conta circunstâncias subjetivas para a apreciação da insignificância, sob pena de consagração de um inconstitucional direito penal do autor, que pune o sujeito pelo o que ele é, e não pelo o que faz"* [8].


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Em que pese a ampla aceitação do princípio na doutrina e jurisprudência, o STF e o STJ têm apresentado divergência no que tange a análise de algumas situações específicas. Aos crimes cometidos por prefeitos o STJ tem precedentes no sentido da não aplicação do princípio da insignificância em razão da própria situação que ostenta o agente, devendo pautar sua conduta à frente do Poder Executivo municipal pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pela ética no trato da coisa pública [9]. Em sentido diverso, a Suprema Corte possui julgados que entendem pela aplicação do princípio, em que pese a relevância do bem juridicamente tutelado [10].

A mesma divergência se enxerga na análise da aplicação do princípio ao crime de posse de substância entorpecente para uso pessoal (Lei nº 11.343/06, artigo 28). O STJ firmou entendimento de que o crime de posse de droga para consumo próprio é de perigo presumido ou abstrato, sendo da essência do delito a ínfima quantidade da substância, sendo inaplicável, portanto, a insignificância [11]. Diferentemente entendeu o STF, que apresenta julgados no sentido da aplicação da insignificância dependendo do caso concreto [12].

Referente ao crime de tráfico de entorpecentes (Lei 11.343/06, artigo 33), em que pese a ampla maioria dos julgados do STJ e STF ir no sentido da inaplicabilidade da insignificância, a 2ª Turma do STF, em julgado recente, reconheceu a insignificância da conduta de uma mulher que foi presa portando consigo e destinando para a venda um grama de maconha. Em seu voto, argumentou o ministro Gilmar Mendes que a resposta do Estado não foi adequada, nem necessária, para repelir o tráfico de um grama, destacando a desproporcionalidade da sanção e a quantidade irrisória da droga. O voto do relator foi seguido pelos ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, ficando vencidos os votos dos ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia [13].

O Direito Penal do século 21 consagra o rompimento definitivo com o modelo positivista do século 19, adequando a máxima "o juiz é o escravo da lei" para "o juiz é o interprete da lei", cuja letra expressa necessita ser compatibilizada com os princípios constitucionais que lhe dão conteúdo dogmático-ontológico.

[1] STF, HC 97.007/SP, rel. min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 31/3/2011; HC 101.998/MG, rel. min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 22/3/2011; HC 103.359/RS, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 6/8/2010, e HC 112.597/PR, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 10/12/2012.

[2] STF, RHC 210.198/DF, 2ª Turma, rel. min. Gilmar Mendes, Dje 19/01/2022.

[3] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, parte geral, 25ª edição, ed. SaraivaJur, 2021, p. 52.

[4] ESTEFAM, André. *Direito penal*, parte geral. 10ª edição, Ed. SaraivaJur, 2021, p. 156.


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[5] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 26ª edição, ed. SaraivaJur, p. 69.

[6] STF, HC 92.463 e 92.961, e no STJ, REsp 1.084.540.

[7] STJ, HC 60.949.

[8] JUNQUEIRA, Gustavo. *Direito penal*, 9ª edição, ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

[9] STJ, 6ª Turma, HC 148.765/SP, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 11/5/2010.

[10] STF, 2ª Turma. HC 104286, rel. min. Gilmar Mendes, j. 13/5/2011.

[11] STJ, 6ª Turma. RHC 35.920/DF, rel. min. Rogério Schietti Cruz, j. 20/5/2014.

[12] STF, HC 110475, rel. min Dias Toffoli, j. 14/2/2012.

[13] STF, 2ª Turma, HC 127573/SP, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11/11/2019.

**Date Created**
20/01/2022


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.