

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

FERNANDO DE BRITO ALVES

RENATA ALMEIDA DA COSTA

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriúba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Fernando de Brito Alves; Renata Almeida da Costa; Ynes da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-585-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

Nos dias 13, 14 e 15 de junho de 2018, a Universidade Federal da Bahia abriu suas portas para receber o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI. Sob a temática “Direito, cidade sustentável e diversidade cultural”, ocorreu o grupo de trabalho “Criminologias e Política Criminal II”.

Conforme os objetivos dessa edição do evento, diferenças culturais, étnicas, religiosas, linguísticas e políticas foram recepcionadas e tratadas em harmonia. A educação para a tolerância, assim, fez-se presente na recepção e nos debates dos temas variados propostos, assegurando-se as falas de pesquisadores dos quatro cantos do país.

Nesse fito, foram apresentados os seguintes trabalhos: “(In)segurança, risco e guerra na cidade: a necessária relação entre urbanização, técnicas de militarização e técnicas de policiamento”; “Justiça restaurativa no âmbito da execução da pena privativa de liberdade”; “Justiça juvenil, criminologia e psicanálise: das intervenções de agentes externos à família aos novos constrangimentos em um mundo sem refúgio”; “O sistema penal e o espaço urbano: a influência da ideologia da segurança na segregação socioespacial”; “O poder pastoral e a direção de consciência: dispositivos e elementos de verdade na experiência dos corpos dos apenados”; “Significado político da dogmática do princípio da insignificância: a insignificância na ordem normativa conglobada”; “Lei antiterrorismo: análise sob a perspectiva do Direito Penal do Inimigo”; “A política militar na segurança pública do estado democrático de direito brasileiro”; “Criminal Compliance, política criminais atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade do controle”; “Responsabilização penal juvenil: caminhos para a prevenção de atos infracionais sob a ótica da justiça restaurativa”; “Sustentabilidade sociopolítica e educação prisional: em busca da dignidade da pessoa humana”; “Lei de execuções penais (LEP 7.210/84) e crescimento da população carcerária: a ressocialização do recluso sob a ótica do Goffman”.

Como se percebe, a diversidade temática das pesquisas bem releva a amplitude do pensamento criminológico brasileiro contemporâneo. De igual modo, evidencia-se a preocupação de seus autores com os assuntos atuais e que têm mobilizado a sociedade e as agências oficiais de controle. Nesse sentido, aqui o leitor encontrará as referências

bibliográficas que têm sido lidas, debatidas e estudadas nos cursos de pós-graduação brasileiros. E mais. Por esses trabalhos, as instituições públicas e privadas revelam, também, os pesquisadores que estão cunhando.

Creemos que pensar o fenômeno criminal sob o olhar crítico a respeito do papel do direito nas políticas públicas em tempos de punitivismo e de descrença nas instituições públicas é tarefa demasiado árdua que incumbe às instituições de ensino e aos criminólogos em constante formação. Pressupõe a colocação do pesquisador no papel de terceiro observador; isto é, exige capacidade técnica e objetividade. Felizmente, pudemos vivenciar tudo isso no dia em que nosso grupo de trabalho se reuniu. Axé 15/06/18!

Boa leitura!

Profa. Dra. Renata Almeida Da Costa – UNILASALLE

Prof. Dr. Fernando De Brito Alves – UENP

Profa. Dra. Ynes Da Silva Félix – UFMS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**SIGNIFICADO POLÍTICO DA DOGMÁTICA DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA: A INSIGNIFICÂNCIA NA ORDEM NORMATIVA
CONGLOBADA**

**POLITICAL SIGNIFICANCE OF THE DOGMATIC PRINCIPLE OF
INSIGNIFICANCE: THE INSIGNIFICANCE IN THE CONGLOBED NORMATIVE
ORDER**

Natália Silveira Sarmiento ¹
Gilberto Sarmiento Marques de Lima ²

Resumo

O presente estudo investiga o princípio da insignificância em face do silogismo retórico (também chamado de Entimema). Especificamente, critica a falta de objetividade dos critérios autorizadores da incidência do princípio bagatelar, bem como a sua própria fixação (com status de único ponto de partida), fundamentando referido posicionamento crítico no uso da Retórica com o fim de determinar verdades universais e permanentes, o que seria divergente à própria razão de ser da mesma. Busca-se, contrariamente ao atual método dominante no Supremo Tribunal Federal, uma análise casuística de cada situação observada.

Palavras-chave: Princípio da insignificância, Entimema, Ordem normativa conglobada, Bem jurídico, Risco

Abstract/Resumen/Résumé

This paper investigates the principle of insignificance in contrast with the rhetorical syllogism, which is also known as Enthymeme. Specifically, it criticizes the lack of objectivity in the criteria that allows the use of the said principle as well as its own legal implementation (with a status of the only starting point) justifying said critical belief in the use of rhetoric with the scope of determinate permanent and universal truths, that being divergent to its own reason. In opposition to the current method, this article aims to make a casuistic analysis of every case.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of insignificance, Enthymeme, Conglobed normative order, Legal object of protection, Risk

¹ Mestra em História das Ideias Penais e Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogada.

² Mestrado em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Advogado Sócio no Escritório Gilberto Sarmiento Marques Sociedade de Advogados.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, a razão de ser do presente estudo justifica-se na urgência em criticar a atuação do Judiciário quando contraditória ao objetivo principal da dogmática penal, qual seja, tornar previsível a decisão do juiz, a fim de evitar arbitrariedades e insegurança jurídica. Referido objetivo é alcançado quando não resta configurada a alienação política do técnico, isto é, satisfeitos os critérios de proporcionalidade em sua decisão: quando a violência da pena justifica a violência do fato analisado em concreto.

O Silogismo Retórico, também chamado de Entimema, sintetiza um paradigma da constitucionalização do direito penal, com a essencial observância dos princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana (BRANDÃO, 2007, p. 129). Diante de uma maior liberdade na aplicação do direito penal (a fim de corrigir as distorções na proporcionalidade entre a violência da pena e violência do fato em concreto), representada pelo limite positivo entimemático, deve-se buscar elementos justificativos (os quais podem ser representados por, não apenas um, mas vários pontos de partida) os mais objetivos possíveis, a fim de tornar cada vez mais previsível a decisão do teórico, não se podendo diluir nem dissolver a aplicação do direito dentro de uma total imprevisibilidade (SALDANHA, 2000, p. 203).

Se o Direito Penal segue em um sentido de atuar apenas quando a violência da pena for proporcional à violência do fato, é dever (e direito) de todos confrontar quaisquer ideias ou atos que não caminhem nesse sentido. O sentido político do Direito Penal só restará configurado (e assim não haverá alienação do técnico) quando vincular o entimema ao método penal, o que efetivamente não resta demonstrado com o estabelecimento dos quatro critérios definidos pelo Supremo Tribunal Federal para a incidência do princípio da insignificância. Tais critérios, na medida em que são completamente desprovidos de uma imprescindível objetividade, mostram-se insatisfatórios a ocupar o espaço de premissa maior da conclusão incidência do princípio bagatelar.

Nesse sentido, o que se entende por “mínima ofensividade da conduta do agente”, “nenhuma periculosidade social da ação”, “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento” e “inexpressividade da lesão jurídica provocada”? Referida interpretação não será atingida sob o ponto de vista objetivo e universal, pois esses critérios são, em realidade, padrões retóricos completamente vazios.

A crítica a referidos critérios encontra sustentação, ainda, em sua própria fixação com o status de norma direcionativa, isto é, com status de única verdade a ser seguida. O objetivo da Retórica é atingir efeitos imediatos, não abrangendo as argumentações com forma

científica, isto é, que pretendem validade universal e permanente (ADEODATO, 2002, p. 267).

Nesse sentido é que se insere a investigação do presente trabalho, que buscará, em linhas gerais, investigar a débil aplicação do princípio da insignificância na seara penal brasileira, a partir da crítica aos critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Especificamente, a pesquisa concentrará seus esforços para investigar: a relação entre política e dogmática penal; a Teoria da Tipicidade Conglobante no contexto da exclusão da tipicidade material provocada pela insignificância do fato; o bem jurídico como limitador do *ius puniendi* estatal, e o silogismo retórico (Entimema) na aplicação do princípio de bagatela.

1 DOGMÁTICA E POLÍTICA CRIMINAL: LEGALIDADE X LITERALIDADE

A atuação penal (do técnico ou do político) deve seguir, sempre, posicionamentos políticos criminais, na medida em que a tutela dos bens jurídicos mais importantes ocorre segundo juízos de valor considerados imprescindíveis. A importância da política no discurso jurídico penal explica-se pelo fato de que o próprio poder Judiciário faz parte do governo. Referida correlação argumentativa fundamenta-se através de uma outra correlação: quem está na política possui condição de mando (poder), da mesma forma que a jurisdição (dizer o direito) representa a detenção de poder.

Ou seja, é como se a política fosse o gênero, e os poderes do Estado as espécies. Assim é que Eugênio Raúl Zaffaroni, em “En torno de la cuestión penal”, apresenta como o significado político a possibilidade de escolha do técnico, dentro do método (respeitando assim a legalidade), de decisões que não cumpram os fins da dogmática.

Há casos, contudo, em que ocorre uma desvinculação entre o discurso jurídico penal e a política, o que acaba por prejudicar o método da dogmática jurídico penal (ZAFFARONI, 2005, p. 73). A aproximação entre dogmática e política penal é importante porque somente assim pode-se afastar a legalidade da mera literalidade e aproximá-la da substância. Uma das consequências de referida desvinculação é o não alinhamento entre a teoria e a prática, o que acaba por possibilitar a arbitrariedade judicial, isto é, a possibilidade de diversos caminhos baseados em distintos discursos.

É o que Zaffaroni chama de autismo na discursão jurídico penal, quando não se observa a realidade política, consubstanciando uma aplicação autoritária do direito. Ou seja, sempre que houver o distanciamento entre o direito penal e a política, restará consubstanciado referido autismo, que seria a falta de crítica, a aplicação pura e automática do direito. E

quando isso ocorre, ou o técnico será alienado politicamente ou o político será alienado tecnicamente.

Por outro lado, também não deverá ser permitido o discurso político alheio ao método, uma vez que isso também é instrumento de arbítrio, isto é, não é possível a ausência da limitação oriunda do método, haja vista ter a dogmática atuação preponderante: o princípio da legalidade evitando arbitrariedades. Assim, pode-se dizer que nenhum excesso será permitido: nem o autismo político nem o autismo metodológico.

O significado político da atuação do técnico encontra-se exatamente no uso do Entimema, uma vez que, pelo poder que tem, ele possui a liberdade de escolher a premissa maior para fundamentar a sua decisão (que seria a conclusão do silogismo retórico). A própria Constituição Federal brasileira confirma isso quando prevê que toda decisão é produto de um livre convencimento, devendo, contudo, ser sempre fundamentada (Princípio do livre convencimento motivado), e desde que dentro dos limites impostos pela lei e pela Constituição.

Cumprido ressaltar, ainda, que o técnico não será politicamente alienado se ele trabalhar com critérios de proporcionalidade na escolha entimemática, isto é, a atividade política será legitimada quando o entimema estiver vinculado ao método, conforme será visto adiante. Assim, o viés político está definido quando da superação de um mero silogismo, ou seja, já que jurisdição (que, etimologicamente, é “dizer o direito”) significa poder, que seria exatamente essa liberdade de escolha da premissa maior.

2 A ORDEM NORMATIVA CONGLOBADA

Inicialmente, importante mencionar que a estruturação do princípio de bagatela não seria possível sem o desenvolvimento de um conceito de tipicidade material, segundo a qual o comportamento delitivo deve, além de violar a norma penal, afetar as normas de valoração reconhecidas culturalmente. Assim, pode-se afirmar também que a integração entre o conceito de tipicidade material e o objeto do Direito Penal (a proteção de bens jurídicos) permite o desenvolvimento do princípio da insignificância (BOTTINI, 2012. P. 120).

Segundo Zaffaroni, a análise da tipicidade penal não se esgotará com a tipicidade legal, pois imprescindível também a análise de uma segunda forma de tipicidade penal, qual seja, a tipicidade conglobante. Assim, comprovada a tipicidade legal, deverá observar-se se o bem jurídico tutelado foi, de fato, afetado. Para isso, deverá ser observado a norma conglobada com o ordenamento jurídico a que pertence, analisando se está ou não limitada

por outras normas proibitivas, que, por ordenar ou favorecer a conduta, eliminam a afetação ao bem jurídico tutelado e a correspondente tipicidade penal da conduta.

Em outras palavras, as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal sempre deverão ter uma certa gravidade, uma vez que nem toda afetação mínima ao bem jurídico é capaz de configurar a afetação mínima urgente à tipicidade penal. Também deverá ser observado se a proibição, nos limites insignificantes de afetação, possui sentido para o objetivo geral da ordem jurídica, qual seja, e conforme Hans Welzel, conservar a paz e evitar a guerra civil, isto é, a guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*).

Nesse sentido, além do tipo legal, há outro tipo, que também pertence ao tipo penal: é um tipo conglobante, que serve para estabelecer a tipicidade conglobante de uma conduta legalmente típica. O tipo conglobante é de extrema importância porque esclarece se a conduta é antinormativa e se, exatamente por isto, houve a ofensa ao bem jurídico tutelado.

Dessa forma, a tipicidade conglobante atua como corretivo da tipicidade legal, reduzindo o âmbito da tipicidade ao que realmente a norma conglobante proíbe. Assim, a tipicidade penal é formada pela tipicidade legal corrigida por uma outra espécie de tipicidade: a tipicidade conglobante, que confirma (ou não) a proibição do ato a partir da análise da proibição da norma, esta compreendida não de forma isolada, mas conglobada na ordem normativa.

A ordem jurídica estabelece-se mediante um funcionamento harmônico de normas proibitivas e preceitos permissivos, além de uma ordem normativa (conglobada), conforme visto anteriormente. Para que a aspiração ética do Direito esteja configurada, faz-se urgente que essas normas e preceitos não operem de modo contraditório, pois do contrário restaria presente a arbitrariedade: quando há contradição, não há ordem; quando não há ordem, não há pauta; sem pautas não há internalização possível, pela falta de objeto da mesma. Ou seja, essas contradições não podem concretizar nenhuma ética jurídica (ZAFFARONI, 1980, p. 234).

Conforme Cláudio Brandão (2015, p. 14), uma das funções da tipicidade é a função de garantia, que se relaciona ao princípio da legalidade, na medida em que só há pena se houver previsão legal da mesma. Nesse sentido, faz-se mister destacar que, conforme Zaffaroni, a tipicidade conglobante não é uma renúncia à legalidade do tipo penal, na medida em que o tipo conglobante também é legal, porque também surge da lei (a norma proibitiva conglobada com toda a ordem normativa).

3 O BEM JURÍDICO COMO ELEMENTO NORTEADOR DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL

A dogmática penal e a teoria do crime impõem um limite ao *jus puniendi* (BRANDÃO, 2012, p. 181), isto é, ao poder-dever de punir, cuja titularidade pertence apenas ao Estado. Nesse contexto, no Estado Democrático de Direito, o Direito Penal está limitado a situações em que este seja indispensável (refletindo a ideia dos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e intervenção mínima). Para descobrir o que é compreendido como indispensável à referida intervenção, é importante conhecer o objeto do Direito Penal.

Em 1834, o conteúdo da tutela penal é alvo de grande polêmica (COSTA ANDRADE, 1991, p. 52) - protagonizada por artigo escrito por Joahn Birnbaum - cuja consequência é o entendimento de que o objeto de referida tutela é o bem (BRANDÃO, 2012. P. 119), que logo passou a ser denominado de bem jurídico.

A ideia central de Birnbaum parte de crítica à definição de crime dada por Anselmo von Feuerbach, qual seja, o crime como lesão a direito de outro, enquanto para Birnbaum apenas os bens podem ser lesionados, isto é, o delito lesiona o bem (algo pontual, e não genérico, representado pelo caso concreto), e não o direito àquele bem. Referida crítica ocasionou mudanças significativas no tocante à lesão efetiva ao bem jurídico (e não ao direito), importante ao princípio ora estudado, o que será elucidado mais adiante.

Conforme o finalismo moderado de Hans Welzel, a despeito de o desvalor da ação ser relevante ao injusto penal, admite-se o conceito de bem jurídico, isto é, o pressuposto do injusto recai sobre a confluência do desvalor da ação com o desvalor do resultado (lesão propriamente dita ao bem jurídico). No entanto, entende que o objetivo principal do direito penal não é proteger bens jurídicos, mas sim garantir valores ético-sociais positivos; a proteção dos bens jurídicos concretos, todavia, estaria incluída em referida garantia.

Conforme Roxin (2009, p. 45), a importância que Welzel parece emprestar ao desvalor da ação é apenas aparente, na medida em que para este a proibição de determinadas ações finais representa, em verdade, um meio para a finalidade de proteção de bens jurídicos.

Em uma contraposição funcionalista, convém ressaltar a oposição entre as ideias de Günther Jakobs e as de Claus Roxin. Jakobs (2000, p. 154) defende que a função do direito penal é a confirmação da vigência da norma, e não a proteção de bens jurídicos. Assim, para ele, o fato punível seria a negação da norma pelo autor, isto é, em não havendo referida negação não há que se falar sequer em bem jurídico, haja vista a norma seguir vigendo inalteradamente.

Em outras palavras, para Jakobs, com a execução da pena sempre se alcança a vigência da norma, confirmando, pois, a configuração da sociedade. Roxin critica enfaticamente tal posicionamento, na medida em que entende que um sistema social não deverá ser mantido por ser um valor em si mesmo, mas sim por atender aos seres humanos que vivem em sociedade.

Para Roxin, a intervenção jurídico-penal deverá resultar de uma função social do direito penal, tratando-se por irrelevante quaisquer condutas que não sejam objeto de dita função. Pois bem, Roxin (2009, p. 16) defende, então, que a função do direito penal é a de garantir uma existência pacífica e socialmente segura, desde que referida existência não possa ser alcançada através de outras medidas político-sociais menos agressivas ao direito de liberdade.

Segundo o seu entendimento (ROXIN, 2009, p. 20), tais objetos legítimos de proteção das normas sob essas condições é exatamente o que se denomina bem jurídico, que:

(...) não são elementos portadores de sentido como frequentemente se supõe – se eles o fossem, não poderiam ser lesionados de nenhum modo -, mas circunstâncias reais dadas: a vida, a integridade corporal ou o poder de disposição sobre os bens materiais (propriedade). (...) O conceito de bem jurídico que aqui se defende é também um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima.

Roxin parte de um princípio basilar da teoria do Estado, segundo o qual o poder estatal de intervenção (direitos estatais de ingerência) e a liberdade civil (direitos civis da liberdade) devem andar em equilíbrio sempre, o que asseguraria a proteção estatal ao indivíduo o quanto fosse necessária, bem como, por outro lado, a liberdade individual o tanto quanto fosse possível.

Referida crítica provocou mudanças significativas no tocante à lesão efetiva ao bem jurídico (e não ao direito). Apesar da grande evolução conceitual por que passou o bem jurídico no decorrer do século XX, a idéia do bem jurídico como objeto do direito penal é seguida por grande parte da doutrina.

Segundo José Cerezo Mir (1993, p. 15), o objeto do Direito Penal é, consoante posição majoritária da dogmática moderna, a proteção dos bens vitais fundamentais dos indivíduos e da comunidade, os quais, devido à referida proteção, são elevados à categoria de bens jurídicos.

Realizando uma interrelação entre os dois institutos próximos que ensejaram a antiga polêmica, Polaino Navarrete defende que o objeto do Direito Penal é a proteção dos bens

jurídicos, a fim de evitar a sua lesão, o que acabaria por confirmar a autoridade da norma jurídica. Em outras palavras, a norma não visa a sua própria proteção, mas a dos bens nela inserida, e esta proteção é que protegeria a norma (POLAINO NAVARRETE, 2012, p. 295). Outrossim, o Direito Penal é necessário quando o exigir a proteção dos bens jurídicos (BRANDÃO, 2012, p. 114), isto é, o direito penal ganha legitimidade quando se reveste da função de proteger bens jurídicos (BRANDÃO, 2002, p. 7).

Nesse contexto, apresenta-se como imprescindível, na análise da tipicidade conglobante (e a sua aplicação à incidência do princípio da insignificância), a afetação do bem jurídico. A norma não poderá proibir as condutas que não afetam o bem jurídico, isto é, nos casos em que o tipo legal tenha se configurado mas o bem jurídico não tenha sido afetado (baseado no entendimento da proibição da norma conglobada à ordem normativa) não restará configurada a tipicidade penal.

Estabelecido o seu objetivo, outro grande problema surge, qual seja, a definição de bem jurídico. Sabe-se que bem jurídico penal é aquele interesse tão importante que necessite ser tutelado por esse ramo tão violento do Direito. Mas como mensurar essa importância? Essa é uma questão que merece muita cautela, sob a ameaça de formalizar um bem jurídico penal que atente contra as suas próprias funções.

Do exposto, pode-se concluir, e conforme doutrina majoritária, como, por exemplo, Kaufmann, Maurach, Zipf, Jakobs, Kienapfel e Hassemer (ROXIN, 1997, p. 70), que o objetivo do direito penal é a tutela de bens jurídicos. Contudo, essa conclusão não se basta em si mesma, haja vista permanecer alguns pontos obscuros, a exemplo do sentido vago na definição de bem jurídico, o que dificulta um concreto conceito material do delito.

O legislador jurídico-penal possui como uma das suas maiores preocupações, genericamente, a análise material para que um comportamento seja relevante ao seu poder sancionador, isto é, a análise do conceito material do delito. E nesse aspecto é importante ressaltar a salutar limitação que lhes é imposta: a penalização de uma conduta importa em uma legitimação distinta da mera discricionariedade. Pois bem, qual seria essa limitação ao poder de punir?

A dogmática penal e a teoria do crime impõem um limite ao *jus puniendi* (BRANDÃO, 2012, p. 181), isto é, ao poder-dever de punir, cuja titularidade pertence apenas ao Estado. Nesse sentido, em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal está limitado a situações em que este seja indispensável (refletindo a ideia dos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e intervenção mínima).

É imperioso destacar a origem, no direito penal alemão, da referida limitação à atuação jurídico-penal, qual seja, a adoção da teoria do bem jurídico. Após a segunda guerra mundial, chegou-se ao consenso de que o direito penal deveria tutelar apenas bens jurídicos concretos, deixando de lado (isto é, como irrelevantes jurídico-penais) convicções políticas, morais, religiosas e ideológicas.

Apenas a título exemplificativo de referida mudança paradigmática, destaca-se (ROXIN, 2009, p. 12) uma importante alteração no Código Penal alemão: o capítulo “Delitos e contravenções contra a moralidade” passou a ser denominado, no pós-guerra, “Fatos puníveis contra a autodeterminação sexual”, evidenciando, claramente, que a moralidade já não seria mais relevante à seara penal, por não ser um bem jurídico.

Outrossim, Roxin (2004, p. 03) ressalta:

Na Alemanha, o homossexualismo entre homens adultos era severamente punido até 1969. Mencionava-se não raro a ‘estrutura heterossexual das relações sexuais’ como bem jurídico protegido. Não se pode legitimar um tal dispositivo penal desta maneira. É verdade que, de um lado, a finalidade de lei – somente permitir relações heterossexuais – é acertadamente descrita. Mas deixa-se justamente de dizer se a obtenção deste fim pertence aos pressupostos indispensáveis de uma coexistência pacífica.

Da mesma forma, excluiu do universo dos bens jurídicos os tipos penais arbitrários, como, por exemplo, a reverência ao chapéu de Gebler, pois isso nem serve para a liberdade do indivíduo em um Estado liberal nem para a capacidade funcional de um sistema social baseado em tais princípios, não protegendo bens jurídicos quaisquer, sendo, pois, inadmissível; os tipos penais de finalidade puramente ideológica, como, por exemplo, a manutenção da pureza do sangue alemão (base para a proibição nacional-socialista da denominada vergonha racial), que também não representa um conceito material de delito de um Estado liberal; as meras imoralidades (conforme descrito na citação anterior), cuja tipificação apenas restringiria a liberdade do indivíduo, sendo nociva para a capacidade funcional do sistema social na medida em que criaria conflitos desnecessários ao estigmatizar pessoas socialmente integradas (ROXIN, 1997, p. 56).

Ou seja, não importa a opinião pessoal do legislador, não haveria mais tal discricionariedade, mas tão somente a necessidade de afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal. Nesse contexto, faz-se mister, para a atuação do Direito Penal conforme a um estado democrático de direito, a afetação do bem jurídico. A norma não poderá proibir (e, pois, não poderá haver pena) as condutas que não afetam o bem jurídico, isto é, nos casos em que o tipo legal tenha se configurado, mas o bem jurídico não tenha sido afetado (baseado no

entendimento da proibição da norma conglobada à ordem normativa), não restará configurada a tipicidade penal.

A única razão para a proibição de uma norma reside nos efeitos do ato proibido, enquanto desfavoráveis à vida do direito. Assim é que a norma penal representa uma tentativa de resguardar, contra ataques futuros, os bens jurídicos, tornando-os invioláveis (KAUFMANN, 1976, p. 26). Por isso é que se fala que nos casos em que o bem jurídico não tenha sido afetado não restará concretizado o juízo de tipicidade, exatamente pelo fato de a conduta não ter sido desfavorável ao direito, o que, por si só, já retira a razão de ser de uma norma penal.

É exatamente nesse ponto em que se enquadra parte do objeto do presente estudo: o princípio da insignificância, cuja premissa parte da necessidade de uma afetação relevante ao bem jurídico para que reste configurada a afetação requerida pela tipicidade penal.

4 MÉTODO ENTIMEMÁTICO: O SILOGISMO NO DIREITO

Durante o período do Iluminismo, objetivou-se, dentre outras idealizações, pôr fim ao arbítrio dos juízes. A lei, então, passou a ter um valor inestimável, sendo considerada o centro do Direito, e acreditando-se ser ela englobadora de todos os direitos existentes na sociedade. Em meio a essa concepção, o direito é aplicado através do Silogismo Demonstrativo: a lei como a premissa maior; o caso concreto, a premissa menor; e a sentença judicial como a conclusão de referido silogismo.

Nesse contexto, importante destacar o papel preponderante do Marquês de Beccaria, que, em sua obra “Dos delitos e das penas”, influenciado pelo contexto histórico e político da época, defende que aos juízes está vedada a interpretação das leis penais, sob o fundamento de que a consulta ao espírito das leis seria temerária, pois haveria a possibilidade de existir opiniões contrárias às garantias do texto legal. Ocorre que referido entendimento é, em verdade, um equívoco, na medida em que o Direito apresenta-se como uma ciência cultural, e não natural, o que, obviamente, obriga o uso de outro método silogístico.

Em estudos sobre a dedução lógica, procurando sistematizar a Retórica, pode-se falar em três tipos de silogismos: a) o demonstrativo ou científico (explicado anteriormente); b) o dialético: se baseia em premissas prováveis; c) o retórico: também chamado entimema (BRANDÃO, 2012, p. 196), que é o meio técnico, advindo da dialética, e transposto para a retórica (ADEODATO, 2002, p. 296). Realizada tal distinção, pode-se falar que o método de aplicação do Direito não poderá ser o silogismo científico, uma vez que trata-se de ciência cultural (e não natural, onde se aplicaria o silogismo científico).

Ainda, faz-se mister destacar a distinção realizada por Aristóteles, em *Tópica*, entre o silogismo Dialético, também chamado de Epiquirema, cujas premissas são universalmente aceitas, e o Entimema, que é persuasivo. Ou seja, ainda que ambos utilizem-se da argumentação para atingir os seus objetivos, no Epiquirema há uma verdade universal aceita, enquanto no Entimema há uma verdade construída a partir do poder de persuasão.

Assim, no Direito, não existe uma verdade real, isto é, a lei não engloba toda a imensidão de condutas existentes. Para atingir uma suposta verdade (que não é única), será necessário fazer uso da argumentação, da retórica, através do Entimema. Não se quer diminuir com isso, por óbvio, a importância da legalidade no âmbito penal; mas apenas demonstrar que a premissa maior da lógica silogística poderá ultrapassar os limites legais (normas supra legais), desde que em benefício do réu.

4.1 O ENTIMEMA NO DIREITO

Entimema, que etimologicamente significa refletir ou considerar, é classificado como silogismo retórico, cujo objetivo é o convencimento, sem que para isso seja necessária uma estrutura rígida de lógica. Na estrutura entimemática, uma das premissas está elíptica, sendo necessário o uso da retórica para determiná-la, buscando-se o convencimento na determinação da premissa maior (no entimema de primeira ordem) ou da premissa menor (no entimema de segunda ordem).

No Direito, impera o entimema de primeira ordem: diante do caso concreto (premissa menor), o julgador pensa na solução mais viável (conclusão) para, só então, buscar a norma que a justifique (premissa maior). O juiz é motivado por uma intuição sobre o que entende ser certo ou errado (ADEODATO, 2002, p. 310), em uma espécie de julgamento interior, para, a partir daí, buscar meios que justifiquem esse pré-julgamento, isto é, utilizando-se de uma premissa maior fundamentadora.

Ocorre que referida premissa maior não pode ser entendida conforme uma norma fechada e concretizada, na medida em que o texto alcançado não pode ser confundido com a norma, e sim utilizado como o início da argumentação. Assim é que, apenas quando o texto efetivamente corresponder ao caso concreto, a norma irá atingir a sua essência plena (ADEODATO, 2002, p. 279).

Nessa perspectiva, observa-se que a norma geral não está previamente apresentada, mas tão somente o seu texto, isto é, tão somente a sua mera literalidade, cuja interpretação se dará com a concretização normativa diante do caso concreto, o que se demonstra tão urgente ao presente estudo: a norma analisada consoante uma ordem geral, observando a real e efetiva

afetação ao bem jurídico, o que ratifica a questão levantada por Zaffaroni quando desenvolveu a sua teoria da tipicidade conglobante.

Esse método penal entimemático é limitado por dois parâmetros: a) o limite negativo: caso a conclusão seja em prejuízo do réu, a escolha da premissa maior está limitada pelos símbolos linguísticos da lei (tipicidade), isto é, o que não for típico não poderá ser objeto do direito penal; b) o limite positivo: quando restar constatada a falta de proporcionalidade entre a violência da pena abstrata e a violência do crime, para corrigir essas distorções, utiliza-se a premissa maior supra legal que aumente o âmbito de liberdade (BRANDÃO, 2012, p. 207).

Em outras palavras, o método dogmático que o técnico faz uso apresenta dois limites: um limite positivo e um limite negativo, que se diferem pelo critério de estar em benefício da parte e de estar em prejuízo da parte. Pela interpretação constitucional do direito penal, somente é possível aplicar fora da lei uma punição se isso servir para beneficiar o réu, pois, do contrário, violaria o princípio da legalidade. Ou seja, é possível, dentro do poder que o técnico possui, escolher algo que está fora da letra da lei para corrigir a falta de proporcionalidade entre a violência do fato e a violência da pena.

Na análise da aplicação do princípio da insignificância, em casos onde esteja ausente lesão ou ameaça a lesão, e reste constatada uma desproporcionalidade entre a ação e a aplicação da pena que a esta seria cabível (pena abstrata), o julgador tem o poder-dever de afastar a tipicidade material (seguindo a tipicidade conglobante, isto é, levando em conta a norma geral), recorrendo, para fundamentar tal decisão, a uma premissa maior supra legal.

5 CONCLUSÃO: A NÃO ALIENAÇÃO DO TÉCNICO

O ordenamento jurídico constitui-se de fontes do direito, e não de normas. Segundo João Maurício Adeodato (2013, p. 103), fontes do direito são significantes, e normas jurídicas são significados cujo sentido só se pode alcançar diante do caso concreto. Isso não retira, por óbvio, a importância das fontes de direito, uma vez que o jurista deve, inicialmente, utilizar-se destas, o que Tércio Ferraz (1980, p. 95) defende por inegabilidade dos pontos de partida, isto é, um argumento é juridicamente aceitável se e à medida que toma por base uma norma jurídica, que será exatamente o dogma desse tipo de direito (ADEODATO, 2002, p. 175): argumentar a partir do texto de alguma norma jurídica do sistema.

Outrossim, a norma jurídica apresenta-se como um significado a ser atingido quando da decisão do caso concreto, o que explica, por exemplo, a teoria estruturante de Müller quando diz que o legislador apenas elabora o texto, ou seja, sendo este apenas um ponto de

partida para atingir-se a norma diante do caso concreto. Ainda, conforme Cláudio Brandão, a norma é um imperativo, representando um comando ideal de comportamento (que encontra-se no plano das ideias), isto é, trata-se da lógica racional da lei (texto): a expressão “Matar alguém”, por exemplo, possui como imperativo de comportamento a ideia de que não se deve matar, enfatizando, pois, a urgência em não confundir o texto e a sua norma.

A realidade brasileira na atuação dos Tribunais, contudo, demonstra, não raro, graves debilidades no tocante à dogmática jurídica, como, por exemplo, a elaboração de textos genéricos, sem o alcance restrito de sentenças, o que afrontaria diretamente a separação de poderes constitucionalmente prevista (ADEODATO, 2013, p. 105).

O princípio da separação de poderes (também chamado de princípio da inibição recíproca de poderes) limita ao Judiciário a aplicação contenciosa da lei, atuando como elo entre a norma geral posta pelo Legislativo ou Executivo e o conflito concreto, ou seja, a atuação do Judiciário deverá se basear em uma neutralidade ética e um domínio técnico da lei (ADEODATO, 2008, p. 71).

É exatamente esse o ponto nevrálgico do presente estudo, qual seja, a crítica à própria fixação de critérios com identidade de verdade universal e permanente pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que referida atribuição, se fosse cabível, não seria de competência de quaisquer órgãos do poder Judiciário.

Em 2004, no HC 84.412/SP, o STF definiu os critérios para aplicação do princípio da insignificância, que são: 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.

Ocorre que é um equívoco considerar tal decisão como uma verdade universal, isto é, não é correto considerar os critérios utilizados para referido caso como critérios universais aplicáveis a todos e quaisquer casos em que se discuta a incidência do princípio da insignificância. A decisão não decorre da norma geral, já que o julgador primeiro decide, para só depois ir buscar no sistema o fundamento textual de sua decisão; e faz isso, em muitas vezes, pensando que trabalhou dedutivamente, isto é, a partir de uma regra previamente posta (ADEODATO, 2008, p. 77).

Conforme Katharina Sobota (1996, p. 255), o processo decisório não é governado por normas universais, mas sim moldado e constituído por padrões mutáveis, regularidades, que não fornecem qualquer descrição universal.

A construção lógica na decisão de incidência do princípio bagatelar partirá de um caso concreto (premissa menor), a partir do qual intui-se a exclusão da tipicidade – incidência

do princípio da insignificância (conclusão), cuja fundamentação deverá partir de uma norma geral conglobada, que poderá ser representada fisicamente por, não apenas um, mas vários “textos”.

Ou seja, não é coerente a uma visão retórica do Direito a defesa de que critérios utilizados em um determinado caso concreto sejam classificados como o único ponto de partida possível: os critérios definidos pelo STF até poderiam ser cabíveis na análise de um caso concreto distinto (se fosse o caso, o que não parece ser, devido à falta de objetividade em referidos critérios, conforme analisado anteriormente), mas também poderão não ser cabíveis (e, neste caso, outro texto servirá como o ponto de partida).

É exatamente nesse ponto que reside a problematização do presente estudo: referidos critérios de aplicação do princípio da insignificância são, na verdade, padrões retóricos completamente vazios, porque não dá para mensurá-los sob o ponto de vista objetivo e universal, o que abre espaço para decisões arbitrárias e não previsíveis, distanciando-se do objetivo da dogmática (tornar previsível a decisão do juiz), além de pôr em cheque a segurança jurídica no processo penal.

Outrossim, surge um outro problema: tais critérios, se fossem cabíveis, seriam apenas critérios e o ponto de partida do referido caso concreto, e não “critérios – normas gerais” ou, aproveitando das contribuições zaffaronianas, “critérios – norma conglobante”.

Assim, o intérprete não dispõe dos argumentos, na medida em que, por ser uma ciência cultural, no Direito não há verdades universais, ou seja, não há um argumento findo e concreto para determinado caso, mas sim um universo de argumentos e/ou verdades que serão ou não utilizados, o que dependerá da essência humanística do intérprete ou, como entende João Maurício Adeodato (2002, p. 278), de uma intuição particular do que é certo ou errado.

Havendo *iuris dictio* (dizer o direito), haverá poder, que é personalíssimo de quem o exerce, isto é, o poder não consegue ser metafísico. E, apesar de ter um tratamento metafísico e ontológico universal, o poder é exercício, cuja concretização se dá, no Direito, com a escolha de premissa, e, no direito penal, ele se torna legítimo quando vincula esse entimema ao método.

A linguagem torna-se mais precisa quando vinculada a dados descritivos. É verdade que sempre haverá algum caráter de imprecisão, uma vez tratar-se o Direito de uma ciência cultural, onde não há uma verdade real, mas sim várias verdades argumentadas, retoricamente aceitas. É possível, contudo, reduzir a complexidade dessa imprecisão fazendo uso de elementos descritivos, onde não caiba o uso ilimitado do poder.

No direito penal, essa atividade política de poder só será legitimada (sendo o técnico não alienado) quando estiver de acordo com o limite positivo e negativo do direito penal, quando vincular o entimema ao método penal, o que efetivamente não resta demonstrado com o estabelecimento dos quatro critérios definidos pelo STF.

Em outras palavras, só restará satisfeita a justificação do limite positivo do método penal, diante da desproporcionalidade entre a violência da pena abstrata e o fato, quando houver uma objetivação dos referidos critérios. Não se pode dizer, de forma objetiva, o que significa, por exemplo, uma mínima ofensividade da conduta ou um reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, mas posso observar, por exemplo, de forma objetiva, a ofensa ou não do bem jurídico, observando-se o todo do ordenamento (ordenamento global), isto é, a sua norma conglobante. E, urgente reforçar, que a norma conglobante poderá ser perquerida a partir de, não uma (ou um rol de critérios taxativos), mas *n* possibilidades, *n* pontos de partida, que poderão variar caso a caso, a partir de uma acertada análise casuística.

Finalizando, conforme Lênio Streck (2006, p. 59), não existem capas de sentido depositadas em algum banco ou reservatório linguístico, à disposição do intérprete, prontas para serem acopladas à pretensa nudez dos textos ou objetos, isto é, não existem fórmulas capazes de dar fim a uma discussão. O que, inevitavelmente, incorre na necessidade (dever!) de uma análise casuística do caso (concreto!) em que se discute a incidência do princípio da insignificância, observando-se algo mais que critérios utilizados em uma decisão particular: o fundamento maior (a norma conglobada de Zaffaroni), não apenas da incidência do princípio bagatelar, mas principalmente da incidência do próprio Direito Penal (a *ultima ratio*), qual seja, a ofensa ao bem jurídico.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A construção retórica do ordenamento jurídico**. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. **Significado político-constitucional de direito penal**. Direito Penal Contemporâneo. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Teoria Jurídica do Crime.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Teoria jurídica do crime.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Tipicidade penal:** dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español.** Madrid: Tecnos, 1993.

COSTA ANDRADE, Manuel. **Consentimento e acordo em direito penal.** Coimbra: Coimbra, 1991.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

JAKOBS, Günther. **O que o direito penal protege: o bem jurídico ou a validade normativa?** In. Revista Peruana de Doutrina e Jurisprudência, n.1, 2000.

KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica.** Rio de Janeiro: Rio, 1976.

POLAINO NAVARRETE, Miguel apud ROXIN, Claus. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque.** Revista dos Tribunais n. 922, agosto/2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

_____. **Derecho penal.** Parte general. Tomo I. Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito. (D.- M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remezal, trad. y notas). Madrid: Civitas, 1997.

_____. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque.** Revista dos Tribunais n. 922, agosto/2012.

_____. **Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais.** Texto distribuído aos inscitos no seminário ocorrido em Porto Alegre, nos dias 18 a 20 de março de 2004, em homenagem ao Professor Claus Roxin, de Direito penal econômico, organizado pelo Prof. Cezar Roberto Bitencourt.

SALDANHA, Nelson. **Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma.** Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE, n.º 10, ano 2000. Recife: editora UFPE, 2000.

SOBOTA, Katharina. **Não mencione a norma!.** Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito, n.7, Recife: Ed. Universitária da UFPE, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Diferença (ontológica) entre texto e norma:** afastando o fantasma do relativismo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. XLVI, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno de la cuestión penal.** Buenos Aires: BdeF, 2005.

_____. **Tratado de derecho penal – Parte General, III.** Buenos Aires: Ediar, 1980.