

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

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

MARIA AUXILIADORA DE ALMEIDA MINAHIM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Napolini - 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 - Unicuritiba – 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

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Matheus Felipe de Castro; Sebastian Borges de A. Mello; Maria Auxiliadora de Almeida Minahim – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-603-1

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 DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Salvador, teve a apresentação dos trabalhos pertinentes ao grupo temático DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I no dia 14 de junho, no turno da tarde.

Durante mais de 4 horas de atividades foram apresentados e debatidos diversos trabalhos, com uma pauta que discutiu questões atuais e relevantes para o Direito Penal Contemporâneo, sobretudo com um viés crítico e contemporâneo.

A atualidade dos trabalhos pode ser vista em temáticas como audiência de custódia, monitoramento eletrônico e questões relativas à justiça restaurativa.

Também merece destaque a abordagem própria de um Direito Penal da pós-modernidade, em que crise da legalidade, ativismo judicial, crimes de perigo abstrato, incertezas sobre a ideia de bem jurídico, bem como questões que implicam Direito Penal e moralidade mostram que o grupo está conectado com as principais questões que envolvem as relações entre Direito penal e Constituição, em que a ideia de segurança jurídica, tão cara nas origens do Direito Penal ciência, vai se relativizando e gerando situações de insegurança no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

O Direito Penal Econômico também se fez presente, com abordagens sobre lavagem de dinheiro, bem como no campo do Direito Penal Tributário. Há também trabalhos de estudos de caso sobre condições penitenciárias, e abordagens críticas sobre violência doméstica e racismo.

Ainda que haja uma multiplicidade temática, as relações com a Constituição e a preocupação com um Direito Penal democrático são traços essenciais de um conjunto de apresentações que ressaltam a importância da academia e da pesquisa em direito como forma de equacionar teoria e prática.

A linha argumentativa desenvolvida traz preocupações político-criminais que reconhecem no Direito Penal um instrumento fragmentário e subsidiários, sem descurar, contudo, do desafio para a academia no sentido de trazer respostas para novas realidades e demandas sociais.

Assim, a leitura dos textos permitirá ao leitor observar o denodo com que cada autor pesquisou, bem como a relevância de cada tema e a possibilidade de que tais estudos repercutam na práxis jurídica, e que poderão decerto fomentar modificações legislativas e práticas materiais e que permitam fazer do Direito Penal e Processual Penal adequado à pauta principiológica da Constituição Federal.

Desejamos boa leitura a todos!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC

Profa. Dra. Maria Auxiliadora De Almeida Minahim – UFBA

Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello – UFBA

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.

A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

THE (IN) APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE TO CRIMES OF ABSTRACT HAZARD

Guilherme Valli de Moraes Neves ¹

Gabriela Azeredo Gusella ²

Resumo

O presente trabalho busca enfrentar o problema da aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes de perigo abstrato. Inicialmente, analisa-se criticamente o conteúdo destes tipos penais, reforçando se essa espécie de incriminação guarda consonância com os princípios de direito penal, de modo a se compatibilizar com a Constituição Federal. Ademais, trabalha-se com um estudo de julgados dos Tribunais Superiores a fim de verificar qual o posicionamento adotado. Por fim, objetiva-se concluir se tal orientação é ou não a mais coerente com nosso Estado Democrático de Direito que, sobretudo tratando-se de Direito Penal, deve se alinhar ao primado básico da Justiça.

Palavras-chave: Princípios penais, Princípio da insignificância, Crimes de perigo, Perigo abstrato

Abstract/Resumen/Résumé

This work seeks to address the applicability of the principle of insignificance to crimes of abstract hazard. Initially, the content of these criminal types is analyzed critically, emphasizing if this kind of incrimination is consonant with the principles of criminal law, in order to be compatible with the Constitution. Additionally, it develops a study of the Superior Courts in order to verify their position. Finally, it's aimed to conclude whether or not this orientation is more coherent with our Democratic State of Law, which, especially in the case of Criminal Law, should align with the primacy of Justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal principles, Principle of insignificance, Crimes of hazard, Abstract hazard

¹ Advogado. Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Graduando em Direito Penal pela faculdade Damásio Educacional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Advogada. Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Graduanda em Direito Penal pela faculdade Damásio Educacional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

1. INTRODUÇÃO

Muitos fatos sociais são alcançados pela descrição abstrata do tipo penal, sendo que algumas das condutas formalmente típicas não apresentam nenhum significado jurídico para o Direito Penal, devido ao seu insignificante poder ofensivo ao bem jurídico penalmente tutelado.

Em face de tais circunstâncias foi formulada a teoria da insignificância em matéria penal, para excluir da incidência penal as condutas formalmente típicas que, em razão de sua ínfima lesividade, não chegam a pôr em risco o bem jurídico-penal protegido.

Em resumo, o princípio da insignificância pode ser entendido como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal. Sendo formalmente típica a conduta e relevante a lesão, aplica-se a norma penal, ao passo que, havendo somente a subsunção legal, desacompanhada da tipicidade material, ela deve ser afastada, pois o fato estará atingido pela atipicidade.

Não obstante esteja consolidado como um importante princípio em matéria penal, ainda há certa vacilação quando se trata de apontar a quais crimes esse princípio seria aplicável. A maior resistência parece existir quando o bem jurídico tutelado pela norma é transindividual, máxime em se tratando de crimes de perigo abstrato.

Isso porque nessa espécie de crime, o legislador, ao proibir a conduta, não exige que o bem jurídico tutelado seja efetivamente lesado, contentando-se com o risco em potencial da ação proibida pela norma, risco este que é presumido de maneira absoluta.

O problema que surge então é basicamente saber se é possível afirmar ser insignificante uma conduta cuja periculosidade é presumida de forma absoluta pelo legislador.

Esse tema possui grande relevância atual, uma vez que, muito embora não seja exatamente uma novidade em nosso ordenamento, a criação de tipos penais classificados como de perigo abstrato certamente cresceu exponencialmente nas últimas décadas, em face da necessidade de se tutelar novos bens e situações jurídicas difusas e coletivas de alta sensibilidade e complexidade.

Além disso, a modernidade trouxe consigo o surgimento de novas potenciais fontes de danos incalculáveis, dando origem aquilo que se denomina “sociedade de riscos”, na qual ganha destaque a criminalização de condutas pelo seu simples potencial de causar danos, muitas das vezes, irreparáveis (CARVALHO *et al.*, 2011, p. 398).

Como corolário dessa orientação, tem-se “a antecipação das fronteiras da tutela penal, com rápida transição do modelo tradicional de criação de infrações penais (proteção e bens individuais contra lesões efetivas) para o de crimes de perigo abstrato” (MASSON, 2014, p. 103).

Nesse contexto, para tentar mitigar um pouco essa presunção absoluta, é comum a evocação do princípio da insignificância quando a ação considerada no caso concreto se mostra indiscutivelmente diminuta e incapaz de pôr em risco o bem jurídico tutelado pela norma.

A jurisprudência de nossos Tribunais, inclusive os Superiores, sempre se mostrou pacífica no sentido da inaplicabilidade do princípio a esta espécie de crimes. Entretanto, mais recentemente, uma nova decisão do Supremo Tribunal Federal trouxe luz aos debates. No julgamento do RHC 143.449/MS, ocorrido no final do mês de setembro de 2017, a Suprema Corte se pronunciou em sentido contrário ao seu entendimento pacificado até então, vindo a admitir a incidência do princípio da insignificância para excluir a tipicidade material em um caso de posse de munição.

Dessa forma, em que pese a estabilidade que se mantinha até então na jurisprudência sobre o assunto, é certo que se trata de uma situação complexa e que não comporta soluções *a priori* ou mesmo absolutas e isso é reforçado com a recente decisão tomada pelo Pretório Excelso. Por isso, importante se faz o estudo dos fundamentos da criação de tipos penais de perigo abstrato, como a correta conformação do princípio da insignificância.

Assim, no decorrer deste artigo, buscaremos abordar e trabalhar o desenvolvimento de tais premissas, utilizando para tanto de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, para, ao final, verificar se a atual orientação da jurisprudência é legítima ou mesmo interessante para a tutela dos interesses em jogo.

O alcance dos objetivos do presente estudo depende que ele se desenvolva a partir do referencial metodológico que surge na seara da teoria do Direito com o chamado pós-positivismo (também designado neoconstitucionalismo ou positivismo crítico). Trata-se de uma superação do formalismo positivista e normativista. Propõe uma relevância da preocupação com questões conteudísticas, ou seja, substanciais ou materiais, no que se refere à indagação quanto aos fundamentos de validade do Direito.

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

2.1. Origem histórica

A teoria da insignificância tem sua origem história um tanto quanto controversa. Mais propriamente no campo penal, Luiz Flávio Gomes identifica que diversos autores, como Carrara, Von Liszt, Quintiliano Saldaña, Roxin, Baumann, Blasco e Fernández de Moreda,

Soler, Zaffaroni, vêm insistindo em sua recuperação ao menos desde o século XIX (GOMES, 2001, p. 444).

Entretanto, a doutrina majoritária (MASSON, 2014; BITENCOURT, 2012) atribui a Claus Roxin o mérito de inaugurar o estudo deste princípio em questões penais, a partir de sua obra *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal*, do ano de 1964, tendo o referido mestre se baseado no velho brocardo de *minimus non curat praetor* que surgiu no âmbito do Direito Civil Romano (MASSON, 2014, p. 25).

Para Zaffaroni (1981, p. 554), tal princípio, embora tenha emergido na seara cível, tem aplicação no Direito Penal em igual medida, não devendo o aparato punitivo estatal voltar suas atenções para ações e comportamentos que não são socialmente danosos em sentido material, ao ponto de caracterizar uma coação punível.

Posteriormente, outro autor que contribuiu para os estudos do princípio da insignificância em matéria penal foi Klaus Tiedemann, denominando-o de princípio da bagatela (*Bagatellprinzip*) e buscando suas origens no princípio da proporcionalidade, que deve estar presente entre o fato que se pretende punir e a intensidade da intervenção estatal (GOMES, 2001, p. 444).

No Brasil, ao contrário de outros sistemas jurídicos, este importante princípio não conta com previsão legal expressa (salvo algumas exceções no Código Penal Militar (BRASIL, 1969), tais como o artigo 209, § 6.º - que em caso de lesão levíssima, autoriza que o juiz considere o fato como mera infração disciplinar e; o artigo 240, § 1.º, para o furto insignificante etc.), mas na jurisprudência é possível observar a aplicação do mesmo há pelo menos 25 anos (GOMES, 2001, p. 445-446).

Mas em que consiste então o princípio da insignificância? É o que se passa a enfrentar.

2.2. Conteúdo

O princípio da insignificância assume, sob o prisma hermenêutico, o papel de instrumento de interpretação restritiva dos tipos penais para afastar da incidência penal condutas que, concretamente consideradas, não são capazes de atingir o bem jurídico tutelado pela norma. Representa, assim, “uma das mais emblemáticas hipóteses de rendimento concreto dos princípios de exclusiva proteção de bens jurídicos e da ofensividade com o objetivo de evitar a intervenção ilegítima do Estado” (BECHARA, 2011, p. 403).

Isso porque, mesmo que respeite todos os demais princípios penais na criação dos tipos penais, pode ser que a ofensa concretamente considerada seja por demais diminuta, incapaz de atingir de modo sério o bem jurídico que se pretendia ver protegido (CUNHA, 2016, p. 71).

Nessa esteira, ensina Carlos Vico Mañas que:

(...) ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crime sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal (VICO MAÑAS, 1994, p. 133).

Atua o princípio, portanto, como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal com o objetivo de atribuir-lhe um conteúdo ofensivo mínimo. Sua aplicação não consiste em deixar de aplicar a lei, mas sim em aplicá-la adequadamente, através de uma interpretação baseada em critérios de equidade e razoabilidade para alcançar a realização material do valor justiça (SILVA, 2005, p. 429).

Em esfera dogmática, a construção do princípio da insignificância somente foi possível a partir da superação da visão meramente formal acerca da tipicidade que se satisfaz tão somente com um juízo abstrato de subsunção da conduta desenvolvida pelo agente à norma abstratamente prevista, em prol de um conceito de tipicidade material apresentado pela Escola Neokantista (BOTTINI *et al.*, 2012, p. 120).

Atualmente, a tendência é conceituar a tipicidade penal pela soma de seu aspecto formal com seu aspecto conglobante. Para a satisfação deste último aspecto (tipicidade conglobante) é necessário verificar se a conduta concretamente considerada apresenta relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (tipicidade material) e se ela é ou não antinormativa (CUNHA, 2016, p. 71).

Mesmo sem reconhecer a figura da tipicidade conglobante como interessante para a dogmática penal, Fernando Capez apregoa a necessidade de se atentar para um conteúdo material mínimo da tipicidade, *in verbis*:

Embora concordando que a tipicidade formal (ou legal) não é suficiente, podemos substituir com vantagem a tipicidade conglobante pela exigência de que o fato típico, além da correspondência à descrição legal, tenha conteúdo do crime, fazendo-se incidir os já estudados princípios constitucionais do Direito Penal, a fim de dar conteúdo material ontológico ao tipo penal. Deste modo, se a lesão for insignificante, se não houver lesão ao bem jurídico, se não existir alteridade na ofensa, se não for traída a confiança social depositada no agente, se a atuação punitiva do Estado não for

desproporcional ou excessivamente interventiva, dentre outros, o fato será materialmente atípico, sem precisar recorrer à tipicidade conglobante. (CAPEZ, 2011, p. 222).

Assim, nem sempre a ação que se subsumi a um determinado tipo penal em abstrato será verdadeiramente típica. A noção de tipicidade material exige que o comportamento delitivo tenha algo mais do que essa mera subsunção formal. “É preciso observar se o comportamento violou ou pôs em perigo o bem jurídico que legitima a norma de proteção, do contrário não haverá materialidade capaz de atrair a atenção do direito penal” (BOTTINI *et al.*, 2012, p. 120).

O agir típico deve, portanto, agregar o desvalor da ação ao desvalor do resultado, ao passo que a insignificância “expressa uma idéia de negação do desvalor da ação e do resultado da conduta praticada contra o bem jurídico penalmente tutelado, razão pela qual não deve ser alcançado pelo poder punitivo, ficando, assim, excluída da persecução penal” (SILVA, 2005, p. 425).

2.3. A aplicação no Direito brasileiro

Conquanto dotado de relevantes fundamentos teóricos que gravitam em torno de uma concepção de tipicidade material que retoma a noção do desvalor do resultado enquanto imprescindível para a caracterização da tipicidade penal, servindo como instrumento de interpretação restritiva, a consagração jurisprudencial do princípio da insignificância decorreu de razões pragmáticas, a partir da constatação de sua potencialidade em contribuir para o arrefecimento da crise penitenciária, evitando o encarceramento de pessoas que praticaram delitos patrimoniais de pequena monta (BOTTINI *et al.*, 2012, p. 123).

Conforme mencionado, este princípio não conta com expressa previsão legal em nosso sistema jurídico, tendo sido reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal pela primeira vez no ano de 1988, no RHC 66.869/PR.

Porém, foi no ano de 2004 que a Suprema Corte proferiu um julgamento emblemático, discorrendo sobre as lições doutrinárias do direito penal mínimo, a razoabilidade, e trazendo precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para afastar a tipicidade do furto de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais). A grande importância deste julgado decorre do fato de que nele foram fixados, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), certos critérios para a aplicação do princípio da insignificância. Por sua importância, vale conferir parte da ementa:

(...) O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal -

tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 84412, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963).

Como se pode perceber, são quatro os requisitos estabelecidos pelo STF, a saber: (A) a mínima ofensividade da conduta do agente, (B) a ausência de periculosidade social da ação, (C) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e, por fim, (D) a inexpressividade da lesão jurídica causada.

No entanto, a tautologia de tais requisitos não escapou ao olhar crítico de Paulo Queiroz:

Sim, porque se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação, e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma idéia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo. (QUEIROZ, 2008, p. 53).

Ponto importante, entretanto, é saber se para sua aplicação, devem ou não ser consideradas as circunstâncias pessoais do agente. Isso porque, analisando os requisitos acima elencados, a Corte Suprema brasileira, seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, tem entendido que não só o desvalor da ação e do resultado são relevantes para o reconhecimento do princípio da insignificância, senão também outras circunstâncias pessoais do autor (GOMES, 2001, p. 447-448), como o fato de ser ele reincidente. Tal posicionamento foi adotado no julgamento do HC nº 409.269, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca em novembro de 2017.

A grande crítica a este tipo de posicionamento diz respeito ao fato de ele estar relacionado ao indesejado Direito Penal do autor, que se afasta dos fatos para punir o autor pelo que ele é, e não pelo que ele fez. Nessa esteira, alerta Luiz Luisi:

É inquestionável que, se não existe a tipicidade, as circunstâncias presentes no contexto do fato e a vida passada do autor não têm a virtude de transformar em ilícito o fato. Uma lesão insignificante a um bem jurídico, ainda que seja de autoria de um reincidente na prática de delitos graves, não faz com que ao mesmo se possa atribuir um delito. Seus antecedentes, por mais graves que sejam, não podem levar à tipificação criminal de uma conduta que, por haver causado insignificante dano a um bem jurídico, não causou uma lesão relevante (LUISI, 1998, p. 01).

De fato, se o princípio da insignificância serve como instrumento de interpretação restritiva, para afastar a tipicidade de condutas que não se revelem concretamente lesivas, o mesmo não deve sofrer esse tipo de restrição em sua aplicabilidade. Uma conduta que é atípica para um, deve ser atípica para todos.

É preciso, então, distinguir o princípio da insignificância (ou da bagatela própria) e o princípio da irrelevância penal do fato (ou da bagatela imprópria).

No primeiro caso, o Direito Penal não se aplica em razão da insignificância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. A conduta praticada pelo autor, embora formalmente típica, não apresenta nenhum dano ou ameaça de dano relevante sendo, pois, materialmente atípica. Logo, deixa de ser crime, não se justificando a aplicação do Direito Penal (CUNHA, 2016, p. 80).

Doravante, neste caso não importa saber quem praticou a conduta, que, afinal, não é criminosa. “O que interessa (para o fim da tipicidade ou atipicidade) é o fato objetivo praticado e não as tendências ou inclinações subjetivas do autor” (GOMES, 2001, p. 449).

Já no caso da bagatela imprópria, estamos diante de uma conduta verdadeiramente típica (formal e materialmente), ilícita e culpável, fazendo-se presentes tanto o desvalor da ação como o desvalor do resultado. No entanto, em atenção às demais circunstâncias do caso concreto, bem como o histórico do autor penal, a reprimenda se torna desnecessária.

Nas palavras de Rogério Sanches Cunha, “ainda que o crime esteja plenamente configurado [...] a pena, enquanto resposta jurídico-estatal ao crime, pode não ser aplicada desde que presentes fatores que comprovam a sua inocuidade ou contraproducência” (CUNHA, 2016, p. 80).

Tal raciocínio funda-se na ideia de que a pena não pode ser meramente retributiva e encontra fundamento legal no artigo 59, *in fine*, do Código Penal (BRASIL, 1940), segundo o

qual a pena deve ser aplicada conforme seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do ilícito.

Nestes casos, são plenamente pertinentes as considerações sobre as circunstâncias pessoais do agente (sua culpabilidade, vida pregressa, antecedentes criminais, etc.), porque se está levando em conta a (des)necessidade da pena, uma vez que o fato é formal e substancialmente típico (GOMES, 2001, p. 449).

O que se vê, portanto, é uma impropriedade técnica de nossos Tribunais Superiores ao misturarem e confundirem os requisitos da aplicação do princípio da insignificância, com as noções relativas à irrelevância penal do fato, ou da bagatela imprópria.

Por fim, convém destacar que este princípio (insignificância) é tradicionalmente aceito e aplicado pelos Tribunais Superiores sobretudo em crimes envolvendo interesses patrimoniais de pequena monta, praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, existindo forte resistência da jurisprudência quando se tratam de crimes que tutelem bens jurídicos coletivos.

Ademais, para a aplicação do princípio da insignificância, “mostra-se irrelevante se o delito é doloso ou culposos, mas apenas a sua gravidade em abstrato diante do direito pretensamente ofendido” (GOMES JÚNIOR, 2004, p. 486).

Vê-se, assim, que importa deixar claro que o cabimento do princípio da insignificância, por tudo quanto já foi dito, deve ser analisado sempre no caso concreto, a partir de suas especificidades, e não de maneira abstrata para essa ou aquela espécie delitiva (MASSON, 2014, p. 31).

3. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Tem-se um crime de perigo abstrato, nas palavras de Guilherme Nucci, “quando a probabilidade de ocorrência de dano está presumida no tipo penal, independentemente de prova” (NUCCI, 2014, p. 148).

Também chamados de crime de simples desobediência, neles a própria lei presume perigosa a ação, pelo que se dispensa a comprovação, no caso concreto, de que houve efetivo perigo ao bem jurídico tutelado (CUNHA, 2016, p. 167).

Basta, assim, que se comprove a prática da conduta para que se presuma de maneira absoluta, *iuris et de iure*, a ocorrência do perigo para o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

Os crimes de perigo abstrato são ponto de grande controvérsia na doutrina penal como um todo, não sendo poucas as vezes que sustentam a inconstitucionalidade desta forma de criminalização, em razão de uma suposta ofensa ao princípio da ofensividade, ou lesividade.

Sobre o tema, Bitencourt é taxativo:

(...) somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. (BITENCOURT, 2012, p. 59).

Afirma-se que não se deve admitir a existência de injustos que se contentam apenas pela exteriorização de uma vontade contrária à norma. É imprescindível, na verdade, que, ao lado da conduta que viola a norma incriminadora, exista um resultado que possa ser submetido a um juízo de desvalor baseado nos prejuízos provocados pelo agente na esfera de interesses alheia (JOFFILY, 2016, p. 19).

Pondera Tiago Joffily que as justificativas tradicionalmente usadas para justificar a incriminação dos crimes de perigo abstrato sempre causaram certo desconforto nos penalistas, em razão de possuírem um caráter nitidamente autoritário. Argumenta o autor que partindo das duas possíveis justificativas, que seriam o método de presunção absoluta ou por meio da avaliação estatística do perigo (constatação de que na maior parte dos casos, a prática daquela ação típica leva efetivamente a resultados concretamente perigosos), o que se está fazendo, no final das contas, não é nada mais do que afirmar, categoricamente, aquilo que, de antemão, já se sabe impossível demonstrar em cada caso concreto – o perigo (JOFFILY, 2016, p. 23).

Dessa maneira, a partir do momento em que o legislador presume o perigo da conduta significa que se pode estar punindo uma conduta sem efetivo risco de lesão ao bem jurídico tutelado. Violada estaria, ainda, a ampla defesa porque como o perigo é absolutamente presumido não se admite prova em sentido contrário. Por tais razões, a única solução possível “seria a de dar aos tipos de perigo abstrato interpretação conforme à Constituição, tomando-os como verdadeiros crimes de perigo concreto” (JOFFILY, 2016, p. 23).

Tais constatações como se pode facilmente perceber tomam por premissa a doutrina de Welzel acerca do binômio desvalor da ação *versus* desvalor do resultado. Segundo este doutrinador, o desvalor da ação é a simples exteriorização da vontade contrária à lei, ou seja, o ato de desobediência do sujeito perante a norma de determinação. Já o desvalor do resultado se

caracteriza pelo efeito danoso ou perigoso que a conduta desobediente provoca sobre o bem jurídico (WELZEL, 1970, p. 91-93).

4. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Estabelecidas todas as premissas indispensáveis a perfeita delimitação e compreensão do tema a ser enfrentado, podemos agora voltar nossa investigação propriamente para aquilo que foi inicialmente proposto, que consiste em desvendar se o princípio da insignificância deve ou não ser aplicado aos crimes de perigo abstrato e qual tem sido o entendimento jurisprudencial a respeito da temática.

O ponto central da questão se situa na circunstância de que nessa espécie de crime, o legislador, ao proibir a conduta, não exige que o bem jurídico tutelado seja efetivamente lesado, contentando-se com o risco em potencial da ação proibida pela norma, risco este que é presumido. O problema que surge então é basicamente saber se é possível afirmar ser insignificante uma conduta cuja periculosidade é presumida de forma absoluta pelo legislador.

Exatamente para tentar mitigar essa presunção absoluta, é que se torna comum a evocação do princípio da insignificância quando a ação considerada no caso concreto se mostra indiscutivelmente diminuta e incapaz de pôr em risco o bem jurídico tutelado pela norma.

Vejamos então, inicialmente, qual vem sendo o posicionamento dos Tribunais Superiores pátrios acerca da matéria.

4.1. O panorama atual

Tal como mencionado no tópico referente ao princípio da insignificância, esse postulado é, tradicionalmente, aplicado em maior grau aos crimes de patrimoniais de pequena monta, e, ainda, desde que cometidos sem violência e grave ameaça a pessoa.

A questão se mostra especialmente conturbada quando se está diante de crimes cuja objetividade jurídica é um direito de natureza transindividual, ou coletiva, como tradicionalmente os são os crimes de perigo abstrato.

Valendo-nos dos exemplos referentes aos crimes previstos na Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006) e na Lei nº 10.826/03 (BRASIL, 2003) que são classificados como crimes de perigo abstrato e cuja ocorrência é mais rotineira, vejamos como tem se inclinado a

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça com relação ao princípio da insignificância em julgados do ano de 2017 e início de 2018.

No que diz respeito aos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, mais especificamente o crime de porte ilegal de munição, o STF se manifestou em maio de 2017, no sentido de que “a posse de arma de fogo de uso restrito, de seus acessórios ou de munições constitui crime de mera conduta e de perigo abstrato cujo objeto jurídico tutelado compreende a segurança coletiva e a incolumidade pública” (STF; HC-RO-AgR 138.843; Segunda Turma; Rel. Min. Dias Toffoli; DJE 19/05/2017).

No mesmo sentido, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, ao tratar do mesmo crime, em julgado de agosto de 2017:

(...) é pacífico nesta corte superior o entendimento no sentido de que é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo e ou munição, ante a natureza de crimes de perigo abstrato, independentemente da quantidade de munição ou armas apreendidas. (STJ; AgRg-AREsp 1.098.040; Proc. 2017/0113587-5; ES; Sexta Turma; Rel^a Min^a Maria Thereza Assis Moura; DJE 24/08/2017).

Vários julgados do início de 2018 do Superior Tribunal de Justiça envolvendo crimes do Estatuto do Desarmamento, mantém essa mesma fundamentação do julgado destacado acima (STJ; AgRg-HC 418.955; Proc. 2017/0255158-7; MS; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 03/04/2018; DJE 06/04/2018; Pág. 1526; STJ; AgInt-REsp 1.593.404; Proc. 2016/0097819-8; GO; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 22/03/2018; DJE 03/04/2018; Pág. 3035 etc.).

Idêntica orientação jurisprudencial, ainda, encontra-se firmada com relação aos crimes previstos na Lei de Drogas. Conforme decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento ARE-AgR 728.688, sob relatoria do Ministro Luiz Fux em outubro de 2013, entendeu-se que a “aplicação do princípio da insignificância exige que a conduta seja minimamente ofensiva, que o grau de reprovabilidade seja ínfimo, que a lesão jurídica seja inexpressiva e, ainda, que esteja presente a ausência de periculosidade do agente”. De modo que não haveria motivo para se falar em “atipicidade do delito, por haver pouca quantidade da substância entorpecente, já que o crime descrito no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 é de perigo abstrato para a saúde pública”. (STF; ARE-AgR 728.688; DF; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 17/09/2013; DJE 07/10/2013; Pág. 26.).

Novamente, não destoa a orientação seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual prevalece “a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos

de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois se tratam de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida”. (STJ; AgRg-AREsp 1.096.628; Proc. 2017/0110943-5; CE; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 01/09/2017).

Outros precedentes também podem ser encontrados em relação ao crime de exploração clandestina de radiodifusão - artigo 183 da Lei nº 9.472/97 (BRASIL, 1997), em ambas as Cortes Superiores (STJ; AgRg-AREsp 1.077.499; Proc. 2017/0077617-9; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 02/10/2017; STJ; REsp 1.729.126; Proc. 2018/0055195-8; PE; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 26/03/2018; DJE 03/04/2018; Pág. 12363; STF; HC-AgR 133.556; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; DJE 17/05/2017).

De todo modo, resta claro pelos exemplos trazidos à colação que os nossos Tribunais Superiores são manifestamente desfavoráveis a tese de aplicação do princípio da insignificância aos crimes de perigo abstrato em geral.

No entanto, como também fica nítido, as justificativas para tal resistência não são apresentadas de maneira minimamente satisfatórias, tendo os julgadores se limitados a afirmar de maneira um tanto quanto lacônica que o princípio da insignificância não se aplica devido a circunstância de que se tratam de crimes de perigo abstrato, logo, independem da demonstração de efetiva lesão ou perigo ao bem jurídico tutelado.

Assim, pois, se a lei afasta a necessidade de apurar se houve risco concreto de lesão, não seria possível afastar a tipicidade material em virtude da inexistência de relevante lesão ao bem jurídico. Por outras vezes recitam os requisitos criados pelo próprio STF para afastas a incidência deste importante princípio limitador do Direito Penal.

Ora, justificativas como essas são manifestamente insuficientes e inadequadas, não preenchendo o mandamento Constitucional de fundamentação das decisões judiciais inscrito no artigo 92, inciso IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O que parece, é que as Cortes Superiores têm tentado se esquivar do âmago da questão, que gira em torno de delimitar os perfeitos contornos do princípio da insignificância e tentar amoldá-los a essa espécie delitativa que não se enquadra, conforme dito, nos modelos típicos tradicionais.

No fim das contas, o que acabam por dizer é que não se aplica porque não se aplica. Trata-se de nítida manifestação de uma jurisprudência defensiva, mais preocupada com o grande número de casos a se julgar, do que com a Justiça, ou ao menos, a qualidade da resposta jurisdicional que será dada.

Porém, mais recentemente, uma nova decisão do Supremo Tribunal Federal trouxe luz aos debates. No julgamento do RHC 143.449/MS, ocorrido já no final do mês de setembro de 2017 (RHC 143449, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/09/2017, Processo Eletrônico DJe-231. Divulgação: 06/10/2017. Publicação: 09/10/2017.), a Suprema Corte se pronunciou em sentido contrário ao seu entendimento pacificado até então, vindo a admitir a incidência do princípio da insignificância para excluir a tipicidade material em um caso de posse de munição.

Neste julgado, que teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu-se que o fato de o Recorrente guardar no interior de sua residência munição de uso permitido, calibre .22, seria uma conduta formalmente típica, nos termos do artigo 12 da Lei nº 10.826/2003 (BRASIL, 2003), entretanto, pela inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida desacompanhada de uma arma de fogo, haveria atipicidade material dos fatos, por aplicação do princípio da insignificância.

Embora o caso tenha sido julgado na segunda turma, e não pelo Pleno, vale ressaltar que a votação foi unânime no sentido do provimento do recurso. A decisão é, sem dúvidas, emblemática, pois rompe com um posicionamento que, tal como demonstrado, é consolidado naquela Corte.

No momento, ainda é cedo para saber se essa decisão representará uma efetiva guinada na mudança de posição do Supremo Tribunal Federal, mas, uma coisa é certa, sua simples existência já é o suficiente para reascender as discussões sobre o tema, buscando formulações que efetivamente estejam fundamentadas na dogmática penal, deixando de lado afirmações tautológicas e propiciando uma alternativa ao “lugar-comum”.

4.2. Uma nova visão sobre o tema

O princípio da insignificância, conforme trabalhado acima, é um princípio hermenêutico que conduz a uma interpretação restritiva dos tipos penais, para excluir do seu âmbito de incidência condutas que, embora formalmente típicas, não são capazes de conduzir a uma efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

Ademais, enquanto princípio que é, o mesmo se revela como um “mandado de otimização”, no sentido de que deve ser sempre aplicado na maior e melhor medida possíveis.

Somente com base nessas duas premissas já é possível perceber que gera estranheza a afirmação categórica de que o princípio da insignificância não é aplicável aos crimes de perigo abstrato.

Afinal, por acaso as leis que instituem tais espécies delitivas não precisam ser interpretadas? A tipicidade penal exigida para estes crimes é somente a tipicidade formal, conceito este que há muito foi superado pela dogmática penal moderna? Evidentemente que as respostas a estes questionamentos nos parecem negativas.

Na verdade, parece que o contrário é que é exatamente o verdadeiro, por se tratarem de crimes nos quais o maior enfoque gira em torno do desvalor da ação, que é presumidamente perigosa para o bem jurídico tutelar, então aqui o esforço hermenêutico exigido do intérprete para estabelecer os limites de incidência da norma deve ser sempre mais rigoroso.

Reprise-se a tipicidade “não decorre da mera verificação que a conduta é aquela prevista no tipo penal” (BOTTINI *et al.*, 2012, p. 120) não podemos trabalhar com essa visão meramente formal da tipicidade sob pena de conduzir a situações de nítida injustiça.

Além disso, embora nos crimes de perigo abstrato o desvalor do resultado seja visto com menos intensidade do que em outros crimes de dano, por exemplo, não podemos simplesmente ignorá-lo. Afinal, o resultado que integra o injusto é o resultado jurídico normativo, que nos crimes de perigo (abstrato) consiste exatamente na exposição do bem jurídico a um perigo, e não o resultado naturalístico.

“O injusto, portanto, não exige a afetação real do bem protegido, nem sua colocação em perigo concreto, mas isso não significa a inexistência de um referencial de resultado, ou que a mera conduta tenha materialidade típica” (BOTTINI *et al.*, 2012, p. 121).

Mesmo nos crimes de perigo abstrato é necessário algo mais que o simples comportamento, requer-se algo que revele ao menos a potência do comportamento para afetar um bem jurídico. Há uma materialidade mínima necessária: o risco que a ação representa – ainda que em abstrato – para um bem jurídico passível de proteção penal.

Tomando por exemplo o crime de porte ilegal de munição, que foi objeto de debate no RHC 143.449/MS onde o STF reconheceu a incidência do princípio da insignificância a essa espécie delitiva de perigo abstrato, podemos tecer algumas considerações.

Foge completamente à lógica e não se pode defender com seriedade, que são situações de perigo idênticas: a conduta daquele que tem um arsenal guardado em sua residência e daquele outro que possui uma única munição guardada em seu armário.

Nesse caso, tratar as duas situações como crimes, apenas pela existência de um tipo penal de perigo abstrato não parece ser coerente, ainda que sobre o argumento de que a periculosidade da ação é presumida pelo legislador.

Sim, a periculosidade de fato é presumida, afinal, mesmo no caso daquele que possui um arsenal, não seria tarefa fácil provar, em concreto, que aquela ação ofereceu perigo real e

concreto, mas também é fácil concluir que condutas desse viés devem sofrer a reprimenda penal, daí a sua incriminação a título de perigo abstrato.

Porém, naquele outro caso, do indivíduo que possui uma única munição guardada em seu armário, seria essa a conduta que o legislador presumiu como sendo perigosa ao ponto de ser reprimida com penas de 02 (dois) a 04 (quatro) anos de reclusão e multa, conforme o artigo 14 da Lei nº 10.826/03 (BRASIL, 2003)? Nos parece que não.

Note que não se trata de relativizar a presunção de perigo, ou mesmo tornar a presunção absoluta que tradicionalmente se vê nos crimes de perigo abstrato em uma presunção relativa. A ideia é outra.

O que se defende aqui, é a necessidade de se verificar o âmbito de incidência da norma penal incriminadora. Se a norma incide, então a conduta se enquadra dentre aqueles presumidamente perigosas e, doravante, passíveis de reprimenda. No entanto, esse juízo de adequação tem que ser formal e material. E é aqui que entra a necessária aplicação do princípio da insignificância.

Nas lições de Bottini:

O injusto típico nestes crimes, portanto, se verifica pelo risco da conduta, isto é, é necessário que a ação ou omissão crie um perigo potencial para o bem jurídico protegido, que não precisa ser concretizado na ameaça ou lesão de um objeto específico. O que se exige é a comprovação da relevância típica do comportamento, sua periculosidade, a perturbação a que foi exposto o interesse protegido pela norma penal. Logo, fica afastada a aplicação formal dos tipos de perigo abstrato a qualquer comportamento contrário à norma penal, que será inadequada a um direito penal funcional Democrático de Direito, em primeiro lugar porque não se prestaria a defender bens jurídicos, uma vez que não há perigo potencial no ato; em segundo lugar, porque restariam maculados os princípios já explicitados da subsidiariedade, da fragmentariedade, da lesividade e da proporcionalidade (BOTTINI, 2006, pp. 62-63).

Doravante, a periculosidade da ação é elemento implícito da tipicidade material da conduta, ainda que o texto legal não a mencione expressamente, tal como se verifica nos tipos penais de perigo abstrato (BOTTINI, 2006, p. 63).

Como é cediço, o legislador, ao criar os diferentes tipos penais, prevendo um *standard* de conduta, não dispõe de mecanismos para evitar que ali se enquadrem situações de menor importância que não são aquelas para as quais a norma foi pensada.

Essa tarefa de adequação cabe, portanto, ao magistrado diante da análise do caso concreto, e nunca de maneira abstrata. Somente diante do caso concreto é que o juiz terá elementos para dizer se aquela conduta se encaixa materialmente ao modelo típico previsto na norma, vale dizer, se sobre ela incide aquela presunção de periculosidade prevista no tipo penal.

Para realizar essa importante missão, o juiz irá se valer exatamente dos princípios limitadores do Direito Penal, tendo em mente sempre que este somente deve incidir em situações excepcionais, quando a questão não puder ser satisfatoriamente tutelada pelos demais ramos do Direito.

Ou seja, o juiz deverá primar pelo princípio da intervenção mínima que se desdobra em outros dois: subsidiariedade e fragmentariedade, sendo a insignificância um corolário deste último (CUNHA, 2016, p. 71).

Conforme apregoa Luiz Flávio Gomes, toda vez que se chega à conclusão de que a ofensa foi mínima ou insignificante, ou seja, que não teve alcance suficientemente inequívoco que permita identificar a existência de uma situação de risco para o bem jurídico tutelado, mesmo que em abstrato, é mais adequado retirar esse fato da esfera do punível pelo direito penal, reconhecendo sua insignificância (exclusão da tipicidade) (GOMES, 2001, p. 446).

Tal noção não é estranha ao Direito alienígena. Marinucci e Dolcini, analisando julgados da Corte Constitucional italiana constatam que na linha de orientação daquele Tribunal, há a necessidade de o juiz identificar os bens jurídicos protegidos e determinar *in concreto* a periculosidade da conduta que, se não cumprir um limite mínimo da ofensividade (potencial) ao bem em discussão, deverá ser posta ao lado de fora do penalmente relevante (MARINUCCI; DOLCINI, 1995, p. 422-425).

O que se conclui, então, é que quando o tipo penal descreve de forma muito genérica uma conduta potencialmente lesiva ao bem jurídico o que é ínsito aos crimes de perigo abstrato, é dever do intérprete, levando em conta os princípios penais, individualizar dentro do âmbito de cada fato típico o grau mínimo de ofensividade/relevância que permita distinguir os fatos que são penalmente relevantes e aqueles que não o são (GOMES, 2001, p. 447).

Arremata, então, Luiz Flávio Gomes:

Os tipos penais, assim, desde uma perspectiva material, devem ser interpretadas de acordo com o bem jurídico protegido e, ademais, em consonância com o princípio da fragmentariedade (somente os ataques intoleráveis aos bens jurídicos mais importantes é que devem ser punidos penalmente). Como consequência do exposto conclui-se que na descrição típica legal estão compreendidas exclusivamente as ofensas penalmente significativas ou as que estão em conformidade com a "finalidade da norma" (leia-se: condutas inofensivas ou mesmo as ofensas de pouca relevância estão fora de seu âmbito de aplicação) (GOMES, 2001, p. 447).

Podemos agora retomar, então, de maneira ainda mais segura aquilo que já foi afirmado, no sentido de que o princípio da insignificância deve ser analisado sempre no caso concreto, a partir de suas especificidades, e não de maneira abstrata para essa ou aquela espécie delitiva.

Somente a partir deste compromisso intelectual, de análise interpretativa de cada tipo penal no caso concreto, de modo a aferir a perfeita tipicidade (material) da conduta levada à juízo, é que se torna possível afastar as indesejadas situações de injustiça ocasionadas pela frieza e abstração do texto normativo.

5. CONCLUSÃO

Atualmente vivemos um momento de franca expansão do Direito Penal em direção à tutela de bens jurídicos de natureza transindividual e coletiva que não se amoldam mais à tradicional visão liberal/individualista no qual a reprimenda penal estava condicionada a existência de um dano (FARIA, 2010, p. 291).

A preocupação da tutela penal se volta agora para um momento anterior ao dano, na busca de evitá-lo. Ou seja, busca-se tutelar situações de risco/perigo para esses bens jurídicos.

Tal inclinação do Direito Penal moderno trouxe consigo a criação de inúmeros crimes de perigo abstrato, nos quais o legislador antecipa a punição de uma conduta por considerá-la abstratamente perigosa para o interesse que se quer ver tutelado.

A criação dos crimes de perigo abstrato pode ser vista, portanto, como uma forma de se tutelar adequadamente as situações nas quais a lesão em si pode ser insuportável, sendo necessário preveni-la por meio dos mais fortes instrumentos que possuímos no ordenamento, que são as leis penais.

É claro que não são todas e quaisquer situações que poderão ser tuteladas por meio de crimes de perigo abstrato e aqui, ganham destaques os princípios penais que devem nortear a atuação do legislador, sobretudo o princípio da intervenção mínima.

Outro princípio de suma importância para se combater eventuais excessos provocados pela criação de tipos de perigo abstrato, nos quais a descrição abstrata de uma conduta considerada perigosa de maneira absoluta poderia conduzir a severas injustiças nos casos concretos, é exatamente o princípio da insignificância.

Tal princípio, que funciona como um auxiliar hermenêutico, deve sim ser aplicado também a essa espécie delitiva, não sendo suficiente para afastá-lo a alegada presunção absoluta de periculosidade.

O mérito da correta aplicação do princípio em questão é exatamente possibilitar a distinção dentre as situações sobre as quais realmente deve recair tal presunção e aquelas outras que não devem ser enquadradas no âmbito de incidência da norma.

No que tange à jurisprudência pátria, tem-se um posicionamento pacífico no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes de perigo abstrato, tendo o feito, entretanto, sem fundamentação exaustiva, de modo que se torna passível de críticas.

O julgamento pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal do RHC 143.449/MS, no qual foi reconhecida a incidência do princípio da insignificância ao crime de porte ilegal de munição, espécie delitiva de perigo abstrato, demonstra não só que a discussão da temática é atual, mas também que há possibilidade de uma revisão na jurisprudência do que até então estava pacificado no âmbito dos Tribunais Superiores.

Vê-se, portanto que a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de perigo abstrato é imprescindível para que seja respeitada a já sedimentada distinção entre a tipicidade meramente formal da conduta e a tipicidade material (ou conglobante), sendo que sem esta última, o fato não pode ser caracterizado como um ilícito penal, devendo ser regulamentado pelos outros ramos do Direito, respeitado o caráter fragmentário do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Anotações aos acórdãos: critérios de aplicação do princípio da insignificância no âmbito jurídico-penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 90, p. 403-404, Maio/Jun., 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 61, p. 44-121, Jul./Ago., 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolinna Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaíssa Bernhardt. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 98, p. 117-148, Set./Out., 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07. Fev. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10. Jan. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 04. Fev. 2018.

_____. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm>. Acesso em: 07. Fev. 2018.

_____. *Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso em: 08. Fev. 2018.

_____. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 07. Fev. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Érika Mendes de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; ANDRADE, Andressa Paula de. A recepção político-criminal da precaução e os rumos do direito penal contemporâneo. *Ciências Penais*, v. 15, p. 395-418, Jul./Dez., 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Estado democrático de direito - o direito penal e sua função subsidiária - princípio da insignificância penal. *Revista dos Tribunais*, v. 819, p. 479-487, Jan., 2004.

FARIA, Rafael Silva de. Bem jurídico-penal à luz da Constituição Federal de 1988. *Ciências Penais*, v. 13, p. 275-331, Jul./Dez., 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. *Revista dos Tribunais*, v. 789, p. 439-456, Jul., 2001.

JOFFILY, Tiago. O resultado como fundamento do injusto penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 119, p. 17-47, Mar./Abr., 2016.

LUIZI, Luiz. *Boletim IBCCrim/Jurisprudência*, n. 63, 1998.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. Milano: Giuffré, 1995.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático*. Parte Geral. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal - Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SILVA, Ivan Luiz da. Teoria da insignificância do direito penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 841, p. 425-437, Nov., 2005.

VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. v. III. Buenos Aires: Ediar, 1981.