

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUAS VICISSITUDES ENTRE ALEMANHA E BRASIL: ANÁLISE DE UM CASO DE INADVERTIDA CRIATIVIDADE JURÍDICA (1964-2016)

THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE AND ITS VICISSITUDES BETWEEN GERMANY AND BRAZIL: ANALYSIS OF A CASE OF INADVERTENT LEGAL CREATIVITY (1964-2016)

ALEXANDER DE CASTRO*

RESUMO

A discussão sistemática dos chamados delitos de bagatela pela comunidade de penalistas nos mais diversos países teve de esperar o segundo pós-guerra e a emergência do Estado constitucional para acontecer. No Brasil, a solução pela qual a ciência penal nacional optou foi o chamado princípio da insignificância, que entrou na discussão pátria como uma suposta importação do *Geringfügigkeitsprinzip* de Claus Roxin nos anos 80 e passou a monopolizar a discussão sobre o tratamento das condutas típicas de escasso potencial lesivo. No presente trabalho, procurou-se reconstruir alguns dos principais momentos da evolução da discussão sobre o mencionado princípio na ciência penal brasileira, começando por sua suposta origem na Alemanha e sua consequente “recepção” pela penalística nacional, e prosseguindo em direção às suas repercussões na teoria analítica do delito para finalmente exporem-se alguns dos aparentes impasses envolvendo sua aplicação. Constatou-se que a discussão do mencionado princípio levou a uma interessante reflexão sobre a relação entre os princípios jurídico-penais fundamentais inerentes ao Estado democrático de direito e a teoria do delito, que talvez poderia desenvolver-se com maior solidez se se abandonassem alguns mitos de origem sobre o nascimento da teoria.

ABSTRACT

*The systematic discussion of the so-called bagatelle crimes by the community of criminal jurists in most countries had to wait until the second post-war period and the emergence of the constitutional state to happen. In Brazil, the solution that the national criminal law science opted for was the so-called insignificance principle, which entered the debate in the 80's as a supposed importation of the *Geringfügigkeitsprinzip* created by Claus Roxin and then monopolized the discussion about the conducts that, while conforming to the legal definition of an offense, are only slightly harmful. We try to reconstruct some of the most important moments in the evolution of the discussion about the above-mentioned principle in Brazilian criminal law science, 1) starting with its supposed origin in Germany and its consequent “reception” by Brazilian jurists, 2) continuing towards its repercussions in the analytical theory of crime 3) and finishing by exposing some of the apparent impasses involved in its application. We concluded that the discussion of this principle led to an interesting reflection on the relations between fundamental criminal legal principles inherent to the rule of law-based democratic state and the theory of crime. We believe that such reflections could evolve with strengthened solidity if certain myths of origin regarding the theory were abandoned.*

* Professor da graduação e da pós-graduação stricto sensu da UniCesumar (Maringá-Pr), onde leciona História do Direito, e Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação – ICETI. Leciona também na UniFatecie.
E-mail: alexander.decastro@unicesumar.edu.br

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da insignificância. Importação de ideias jurídicas. Tipicidade material. Princípios jurídico-penais fundamentais. Claus Roxin.

KEYWORDS: *Principle of insignificance. Importation of legal ideas. Material legal definition conformity. Fundamental criminal legal principles. Claus Roxin.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Estado constitucional e a origem do princípio da insignificância. 2 O princípio da insignificância no Brasil e suas supostas fontes alemãs. 3 Insignificância e teoria do delito: a construção da tipicidade material. 4 O risco de rejeição ao falso transplante. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O estudo da circulação e recepção de modelos jurídicos entre diferentes países e culturas frequentemente necessita de sofisticadas teorias sobre as possibilidades e limitações das traduções e translações culturais entre sociedades distintas e seus variados e, às vezes, idiossincráticos sistemas jurídicos. Outras vezes, porém, o tortuoso caminho que a história de uma ideia pode tomar ao migrar de um sistema jurídico para outro pode ser explicado com recurso a estratégias bem mais simples. Não raro, no mundo das ideias jurídicas novas teorias são apropriadas através de fontes secundárias sobre fontes secundárias, acumulando pequenas distorções ao longo do caminho de forma tal que no ponto de chegada tem-se o nascimento de uma tradição teórica completamente distinta.

No crescente interesse pelos princípios fundantes do direito penal moderno ao longo da segunda metade do século XX, o chamado princípio da insignificância é talvez aquele que mais causou dúvidas e perplexidades teóricas entre os penalistas brasileiros. Devotado à resolução do problema dos chamados delitos de bagatela – cuja tematização sistemática só poderia acontecer a partir do segundo pós-guerra, com a crescente tendência à limitação da repressão penal que acompanhou a emergência do chamado Estado constitucional – tal princípio e as soluções por ele propostas alcançaram limitada aceitação ao redor dos diversos sistemas jurídicos nacionais. Seu particular sucesso doutrinal no Brasil é um fenômeno cuja compreensão demanda, certamente, uma análise de sua história, de seu percurso desde a sua fonte real ou imaginária até suas formas mais elaboradas.

De tal forma, procurou-se aqui reconstruir alguns dos principais momentos da discussão sobre o mencionado princípio na ciência penal brasileira, começando por sua suposta origem na Alemanha com o penalista Claus Roxin e sua consequente “recepção” pela penalística nacional, e prosseguindo em direção às suas repercussões na teoria analítica do delito para finalmente exporem-se alguns dos aparentes impasses em que a jurisprudência pátria se viu ao tentar aplicá-lo. Sem adentrar a discussão dogmático-penal propriamente dita, mas procurando sintetizá-la em seus pontos mais importantes, manteve-se um balanço entre a referência aos autores mais conceituados (por vezes, consultando mais

de uma edição de suas obras) e aqueles que, muito embora menos celebrados, contribuíram igualmente para a difusão da teoria com textos de fácil acesso e ampla divulgação. E embora não seja nosso objetivo aqui, acreditamos que um estudo histórico de tal índole é pressuposto para qualquer outro que pretenda ir adiante no desenvolvimento dos aspectos dogmáticos da teoria do princípio da insignificância.

1 O ESTADO CONSTITUCIONAL E A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Desenvolvido originalmente como um instrumento de exercício do controle social entre os séculos XVIII e XIX¹, o direito penal moderno absorveu parte do conteúdo das antigas ordenações de polícia, em específico aquelas normas direcionadas à tutela disciplinar da população². Tal é a origem daquela categoria de infrações penais chamadas hoje de contravenções. Aliás, a análise dos termos escolhidos para dar nome a essa categoria de ilícitos penais revela bastante sobre sua natureza. Por exemplo, o código penal austríaco de 1803 trazia já em seu nome, *Código sobre Crimes e Graves Infrações de Polícia*³, a

-
- 1 Tal aspecto do direito penal, não obstante constituir um de seus traços fundamentais, conforme já reconhecido por especialistas no período, tem recebido pouco atenção da literatura especializada. Vejam-se, dentre poucos outros, HESPANHA, António Manuel. Da “iustitia” à “disciplina”: textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 287-379; CASTRO, Alexander de. “Boa Razão” e Codificação Penal: Apontamentos sobre a Questão Penal Setecentista em Portugal (1769-1789), *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 111, pp. 105-143, Jul./Dez. 2015. Muito embora referindo-se mais ao sistema penitenciário do que ao direito penal propriamente dito, são atuais e esclarecem bastante sobre o tema os estudos clássicos de RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punishment and Social Structure*. New Brunswick, London: Transaction Publishers, 2003; MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*. 2. ed. Bologna: Il mulino, 1977, e FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.
 - 2 Tais ordenações, populares entre os séculos XVI e XVIII, diziam respeito originalmente à tutela da “boa” ordem interna do Estado. Na medida em que absorviam cada vez mais aspectos da vida pública, aos poucos se transformaram em importantes meios de governo nas monarquias absolutistas. Ao longo do século XVIII, nas regiões de língua alemã, seu estudo deu origem à chamada ciência de polícia (*Policeywissenschaft*), uma espécie de ciência social aplicada referente ao governo interno do Estado cujo conteúdo se desmembraria e seria absorvido em parte pelo direito público (especialmente administrativo), pela ciência da administração pública, pela economia política e, no que se refere ao controle e ao disciplinamento sociais, também pelo direito penal. Vejam-se STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Band 1: Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600 bis 1800. München: Beck, 1988; SEELAENDER, Airton L. Cerqueira Leite. A “Polícia” e as Funções do Estado: Notas sobre a “Polícia” do Antigo Regime. *Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v. 49, p. 73-87, 2010; SEELAENDER, Airton L. Cerqueira Leite. *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2003.
 - 3 ÁUSTRIA. 1803. *Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Uebertretungen*. Vol. 1: Von Verbrechen. 2. ed. Wien: K. K. Hof- und Staats-Aerarial-Druckerey, 1815; ÁUSTRIA. 1803. *Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Uebertretungen*. Vol. 2: Von den

referência a tais ofensas em uma forma que deixava bem claro sua vinculação com aqueles diplomas legais tão populares no século anterior. Mencione-se ainda que, de suas duas partes componentes, uma para crimes (*Verbrechen*) e outra para as graves infrações de polícia (*Polizey-Übertretungen*), a última teve como redator justamente Joseph von Sonnenfels, um dos principais teóricos da ciência de polícia da Monarquia Austríaca⁴. Do outro lado do Atlântico, o *Código Criminal do Império do Brasil*⁵ de 1830 contava com uma seção de “crimes de polícia”. Mas além das óbvias referências à ideia ainda setecentista de *polícia*, chama a atenção a prevalência de termos que indicavam a mera contrariedade entre o comportamento e a lei, independente da proteção de quaisquer bens ou direitos. Ao longo do século XIX, na língua alemã, abandonar-se-ia o elemento qualificador “*Polizey-*” e fixar-se-ia somente a expressão *Übertretung* (violação, transgressão, infração) como denominação preferida para essa categoria de infrações criminais⁶. Alternativamente, o código penal francês de 1810 introduziu

schweren Polizey-Uebertretungen und dem Verfahren bey denselben. 2. ed. Wien: K. K. Hof- und Staats-Aerarial-Druckerey, 1815.

- 4 Sobre a ciência de polícia, veja-se a nota 2. A influência de teóricos da ciência de polícia sobre o debate jurídico-penal no século XVIII é um eloquente testemunho de sua importância para a formação do saber penalista de então. O próprio Sonnenfels, muito antes da redação do código de 1803, já havia contribuído decisivamente para o debate sobre a tortura na Áustria. Sobre as relações entre direito penal e ciência de polícia em Sonnenfels, veja-se REBUFFA, Giorgio. *Scienza del governo e problema penale nell'opera di Joseph Von Sonnenfels*. In MADDALENA, Aldo De; ROTELLI, Ettore; BARBARISI, Gennaro (org.) *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*. Volume secondo: Cultura e Società. Bologna: Società editrice il Mulino, 1982. Chama atenção, ainda, o caso de Cesare Beccaria, cuja primeira posição acadêmica foi justamente a de catedrático de ciências camerais (a versão mais ampla que inclui a ciência de polícia), para a qual ele escreveu um importante “Plano de instrução para a cátedra de ciências camerais ou seja economia civil” (BECCARIA, Cesare. *Piano d'istruzioni per la cattedra di scienze camerali o sia di economia civile*). In: BECCARIA, Cesare. *Opere*. Organizado por Sergio Romagnoli. Florença: Sansoni, 1958, pp. 341-349). É verdade que no âmbito especificamente econômico da discussão, Beccaria encontrava-se mais próximo de uma abordagem mais moderna, nos quadrantes da contemporânea fisiocracia. E sendo assim, se os elementos estritamente econômicos do cameralismo foram absorvidos pela economia na obra beccariana, talvez não seja exagerado supor que os restantes elementos administrativos e de controle social que também compunham o cameralismo (a ciência de polícia, em especial) seriam absorvidos, em sua obra, por outros domínios. No caso do controle social, justamente pelo penal. Sobre as relações de Beccaria com a ciência cameral e a moderna economia, vejamos REINERT, Sophus A. *The Academy of Fisticuffs: Political Economy and Commercial Society in Enlightenment Italy*. Cambridge: Harvard University Press, 2018 e ROTHER, Wolfgang. *The Beginning of Higher Education in Political Economy in Milan and Modena: Cesare Beccaria, Alfonso Longo, Agostino Paradisi*. In: FEINGOLD, Mordechai. *History of Universities*. Vol. 19/1. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 119-158, especialmente pp. 132-137.
- 5 BRASIL. 1830. *Código Criminal do Império do Brasil*. Organizado por Carlos Antonio Cordeiro. Rio de Janeiro: Typ. De Quirino de Irmão, 1861.
- 6 Veja-se, por exemplo, ÁUSTRIA. 1852. “*Das Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen*, die Strafgerichts-Competenz-Verordnungen und die Press-Ordnung vom 27. Mai 1852 für das Kaiserthum Oesterreich. Viena: kaiserlich-königlichen Hof- und Staatsdruckerei, 1853. Essa nomenclatura foi adotada também na Alemanha e na Suíça. Neste último país, as *Übertretungen* ainda são parte do código penal.

a expressão *contravention*, derivada do latim *contraventum*, forma nominal de *contravenio*, e que significa “vir contra” ou “tomar posição contra”. Em ambos os casos, a conotação que se extrai é de uma mera contraposição entre a conduta e uma dada regulamentação, independente da ocorrência de qualquer tipo de resultado. Ou seja, a natureza de tais infrações era de uma simples contrariedade com uma norma. Não à toa, chamam-se também a esses delitos de “crimes de mera conduta”. Nesses casos, a repressão penal voltava-se, então, contra o simples desviar-se dos padrões de condução pessoal esperados. Assim, o direito penal exordiu no século de afirmação do liberalismo político com uma clara entonação autoritária, arrogando-se a prerrogativa de vetar comportamentos indesejados em favor da proteção de uma particular ordem social mesmo quando não fosse possível distinguir nenhum específico bem, concreto ou imaterial, sob ameaça nas condutas imaginadas nos tipos penais. Previa-se, então, a punição do mero comportamento desviante, isto é, da simples desobediência à norma quando a conduta correspondente – por exemplo, a mendicância, a vadiagem, etc. – fossem consideradas perigosas, não tanto para um direito de outra pessoa, mas para a disciplina social das massas urbanas empobrecidas.

Não é que não houvesse ainda uma consciência teórica da necessidade de limitar a intervenção penal somente àquelas condutas que ofendiam ou colocavam em risco algo de juridicamente valioso. Paul Johann Anselm von Feuerbach, jurista liberal e pioneiro da dogmática jurídico-penal na transição entre os séculos XVIII e XIX, estabeleceu como pilar de seu sistema penal justamente a sua *Rechtsverletzungstheorie* (teoria da lesão jurídica) que limitava o escopo de ação do legislador penal à proteção de direitos subjetivos⁷. Mas o mesmo Feuerbach, no papel de legislador por ocasião da codificação penal bávara de 1813, aceitou legislar sobre as infrações de polícia – recusando-se, porém, a inseri-las no código penal e destinando-lhes a uma lei extravagante. De qualquer

7 FEUERBACH, [Paul Johann] Anselm (Ritter von). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Heyer, 1847, p. 45 ss. Cita-se, frequentemente, o texto de Johann Michael Franz Birnbaum *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens* (“Sobre a necessidade de uma violação de direito para o conceito de crime”) como a origem da doutrina do bem jurídico (*Rechtsgut*) na ciência penal alemã. Parece-nos, todavia, que tal leitura possa ser questionada por várias razões, mas em especial porque o arbítrio estatal na definição do bem jurídico é, em Birnbaum, bastante amplo para funcionar como uma limitação efetiva da sua prerrogativa criminalizadora. Assim o *Rechtsgut* de Birnbaum não teria o mesmo conteúdo do *Rechtsgut* popularizado, sobretudo, na segunda metade do século XX. Veja-se BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*. In: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Zwei Aufsätze*. Organizado por José Luis Guzmán Dálbora e Thomas Vormbaum. Münster: LIT Verlag, 2011, pp. 1-34. Sobre Birnbaum, veja-se na mesma edição VORMBAUM, Thomas. *Birnbaum und die Folgen*. In: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Zwei Aufsätze*. Organizado por José Luis Guzmán Dálbora e Thomas Vormbaum. Münster: LIT Verlag, 2011, pp. 93-117. Sobre a história da doutrina do bem jurídico no direito penal alemão, veja-se a clássica SINA, Peter. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1962.

forma, a percepção de que havia algo errado no tratamento jurídico das antigas infrações de polícia persistiu na ciência jurídica alemã. No início do século XX, James Goldschmidt defenderia, em sua tese de habilitação (*Habilitationsschrift*), a realocação das contravenções (*Übertretungen*) para o domínio do direito administrativo, constituindo assim o que ele chamou de direito penal administrativo (*Verwaltungsstrafrecht*)⁸.

A emergência do Estado constitucional no segundo pós-guerra reacenderia a consciência garantista dos penalistas.⁹ Aí, então, eles não apenas se colocariam de acordo sobre a plena validade do princípio da lesividade (*harm principle*, originado na *Common Law* e normalmente atribuído a John Stuart Mill¹⁰) ecleticamente referido a bens jurídicos (*Rechtsgut*, da penalística alemã)¹¹, até mesmo quando este não era expressamente sancionado nos textos constitucionais ou infracons-

8 Goldschmidt habilitou-se em 1901 na *Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin* (hoje *Humboldt-Universität zu Berlin*). Sua tese é fundada, em grande medida, em uma extensa pesquisa histórico-jurídica de índole comparativa que busca precisamente nas infrações de polícia a origem da intersecção entre direito penal e direito administrativo. Nesse sentido, seu texto é um excelente exemplo do modo de proceder da escola histórica do direito, buscando extrair do próprio decurso histórico uma teoria imanente na experiência jurídica e elaborá-la sistematicamente. Assim, à parte das bases histórico-jurídicas (subdividida em “A época administrativa” e “A época jurídica”), segue-se a parte da “Tentativa de uma Teoria do Direito Penal Administrativo”. Veja-se GOLDSCHMIDT, James Paul. *Das Verwaltungsstrafrecht: eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1902.

9 Sobre o conceito de Estado constitucional que serve de base a esta pesquisa, veja-se STARCK, Christian. *Der demokratische Verfassungsstaat: Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995; MORBIDELLI, Giuseppe. La costituzione. In: MORBIDELLI, Giuseppe et al. *Diritto pubblico comparato*. Torino: Giappichelli, 2004, pp. 27–72; TONIATTI, Roberto. La democrazia costituzionale repubblicana. In: CASONATO, Carlo (Org.). *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*. Torino: Giappichelli, 2010, pp. 35–81.

10 Se os criminalistas anglo-saxões efetivamente começaram a tratar do *harm principle* por influência das ideias de Mill, é algo que apenas a pesquisa sobre as fontes pode determinar. Entretanto, no debate contemporâneo, a definição de seu conteúdo e alcance tem fugido das limitações impostas pelo pensamento do filósofo britânico. Veja-se PERSAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*. New York: Springer Science & Business Media, 2007 e FEINBERG, Joel. *Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1984.

11 Ecleticamente, porque a comum formulação – tão popular em países de língua neolatina – do princípio da lesividade segundo a qual este estabelece que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos e que, portanto, só é legítimo criminalizar e punir condutas que lesionem ou coloquem em rico bens jurídicos é produto da fusão de duas tradições teóricas bastante distintas, embora aparentemente convergentes. Veja-se WITTIG, Petra. *Rechtsgutstheorie, “Harm Principle” und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen*. In: HEFEND-EHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003, pp. 239–243. A compatibilização de ambas as teorias já foi tomada como problema para a construção de uma área da dogmática penal. Veja-se AMBOS, Kai. *The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the *Rechtsgut* and the Harm Principles. A Second Contribution Towards a Consistent Theory of ICL. *Criminal Law and Philosophy: An International Journal for Philosophy of Crime, Criminal Law and Punishment*. Dordrecht (Netherlands), Vol. 9, n. 2, pp 301–329, Junho de 2015.*

titucionais, como também sobre a excepcionalidade do direito penal enquanto instrumento de tutela desses mesmos bens jurídicos. Das reflexões sobre esses problemas chegou-se à questão das condutas que, não obstante típicas, apresentam um nível escasso de lesividade com relação ao bem jurídico tutelado, isto é, os delitos de bagatela. À luz da nova abordagem garantista e limitadora do sistema penal, o enquadramento de tais condutas no domínio de ação do direito penal (e sua consequente punição propriamente jurídico-penal, que se pressupõe mais severa e gravosa para o réu, em comparação com as consequências de um ilícito civil ou administrativo) passou a gerar uma sensação de desconforto teórico, de que algo estava fora de lugar na dogmática penalista, sem falar obviamente da relevantíssima questão prática de se ter de mobilizar a máquina estatal punitiva contra condutas de pouca ou nenhuma relevância. E no entanto, a se interpretar as normas incriminadoras pelo estado da dogmática penal de então, era difícil justificar sua exclusão do domínio penal sem violar a sistematicidade da teoria do delito e da ciência penal em geral: aplicando-se o que se sabia de dogmática penal, tais condutas – se efetivamente típicas, antijurídicas e culpáveis – eram crimes e tinham de ser punidas com as penas da lei, visto que causavam danos a bens jurídicos, ainda que danos muito diminutos.

Na tentativa de oferecer uma solução técnico-jurídica a esse impasse, em meados dos anos 80 popularizou-se na penalística brasileira o chamado princípio da insignificância. Com exceção de algumas disposições casuístas, com relação sobretudo aos crimes contra o patrimônio, presentes já na versão original do código penal de 1940, não se registra anteriormente qualquer discussão sistemática sobre a escassa lesividade como fundamento da decisão absolutória em sede penal. De modo quase imediato, ainda que no início timidamente, a questão repercutiu nos tribunais. Mas uma certa inconsistência nos precedentes jurisprudenciais com relação à matéria, a persistência de alguns obstáculos e a consequente desconfiança por parte de práticos e mesmo alguns teóricos do direito parecem aconselhar uma revisão do que até agora foi escrito sobre o tema. Não é obviamente a tarefa que aqui se propõe. Acreditamos, porém, que um pressuposto para qualquer sólida revisão dogmática que porventura a doutrina penalista decida empreender teria muito a ganhar se partisse de uma análise histórica do surgimento e das fontes da doutrina brasileira do princípio da insignificância.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO BRASIL E SUAS SUPOSTAS FONTES ALEMÃS

Quando procuramos na própria doutrina brasileira pistas sobre as origens da teoria do princípio da insignificância, nos deparamos com uma certa divergência entre os vários autores e com indicações que aparentam ser questionáveis. Alguns evocam até mesmo imaginárias fontes romanas, citando o brocardo latino

*minima non curat praetor*¹², talvez para revesti-la de uma ulterior autoridade encontrada somente na sabedoria dos juriconsultos do *Latium*, sem se atentar para o fato de que tal fórmula apareceu somente na época moderna, provavelmente com o canonista e lexicógrafo português Agostinho Barbosa e seus *Tractatus Varii*¹³, e desde então tornou-se popular entre os juristas do direito comum. Entretanto, a maioria dos juristas brasileiros reconhece o penalista alemão Claus Roxin como a verdadeira origem da doutrina brasileira da exclusão do delito devido à escassa lesividade da conduta. Nos textos dos teóricos do princípio da insignificância, é a obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*¹⁴ que quase sempre comparece como sua matriz, ou mais precisamente a sua tradução em espanhol publicada com o título de *Política criminal y sistema del derecho penal*¹⁵ (mais recentemente apareceu também uma edição em português)¹⁶.

Antes de tudo, chama a atenção o fato de que o texto no qual Roxin efetivamente introduziu o tema não seja quase nunca mencionado. Trata-se do artigo *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*¹⁷ (Reprovabilidade e imoralidade como características causadoras do ilícito no direito penal), que é citado na própria *Kriminalpolitik* – obra na qual todos dizem ter-se inspirado – quando Roxin retoma o tema. E é interessante

12 Por exemplo, Diomar Ackel Filho, que nos assegura que “no tocante à origem, não se pode negar que o princípio já vigorava no direito romano, onde o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante a máxima contida no brocardo de *minimis non curat praetor*”. Veja-se ACKEL FILHO, Diomar. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Revista Jurisprudencial do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo, vol. 94, pp. 72-77, abr.-jun./1988. Vejam-se ainda SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 87; ZACHARYAS, Lidia Losi Daher. Princípio da insignificância no direito penal. *Revista jurídica da escola superior do ministério público de São Paulo*. São Paulo, v. 2, pp. 245-262, 2012, p. 247.

13 BARBOSAE, Augustini. *Tractatus varii*. Borde, Philippe & Arnaud, Laurent & Rigaud, Claude, 1660, p. 102.

14 ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1973.

15 Como esta editada na Argentina: ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. Entre aqueles que reconduzem a teoria a Roxin, dentre muitos outros, por exemplo, LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais penais e da jurisprudência atual*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 45; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 316; GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 52-3; ZACHARYAS, Lidia Losi Daher. Princípio da insignificância no direito penal. *Revista jurídica da escola superior do ministério público de São Paulo*. São Paulo, v. 2, pp. 245-262, 2012, p. 247.

16 ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

17 ROXIN, Claus. *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*. *Juristische Schulung*. München, 40. Jahrgang, pp. 373-381, 1964. O artigo foi republicado em ROXIN, Claus. *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*. In: ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, pp. 184-208.

notar que justamente nesse raramente mencionado texto¹⁸, o próprio Roxin faz referência ao aludido brocardo latino, na variação *minima non curat praetor*¹⁹, tornado comum na práxis do direito comum, mas sem incorrer no erro de fazê-lo remontar aos tempos dos antigos jurisconsultos. Se se leva em consideração que a fórmula mais correta do brocardo, e também aquela difundida pela fonte original, seria *de minimis non curat praetor*, então é difícil supor que seja uma coincidência que todos repitam a forma vulgar preferida por Roxin. Ao contrário, nos parece que isso é uma clara demonstração do fato de que os juristas brasileiros que se lançaram ao problema da exclusão do crime por escassa lesividade efetivamente ganharam movimento a partir de um impulso alemão, mas o fizeram sobretudo a partir de fontes secundárias²⁰, de forma a abrir grande espaço para a criatividade – mesmo involuntária, como sói acontecer nesses casos – daqueles que recebem os modelos ou as teorias. Em conclusão, todos referem Roxin como autor da mencionada teoria, quase nenhum a sua obra original e central sobre o argumento, e ainda assim mesmo as fórmulas jurídicas dessa obra circulam em seus estudos – provavelmente com toda a liberdade que a fantasia jurídica permite. Portanto, conforme teremos ocasião de ver, a construção da tratamento dogmático da escassa lesividade da conduta na penalística brasileira se afasta da matriz alemã insistentemente reivindicada, se não já em seus fundamentos, certamente em seu alcance.

De qualquer forma, graças a essas supostas filiações alemãs, senão roxianas, os estudiosos brasileiros referem-se frequentemente à exclusão do crime pela verificação da escassa lesividade da conduta com as fórmulas “princípio da insignificância” ou ainda “princípio da bagatela”, que traduzem bastante literalmente as expressões alemãs originais, isto é *Geringfügigkeitsprinzip* e *Bagatellprinzip* (esta última cuja criação é comumente atribuída a Klaus Tiedemann em um texto que aparece citado na mesma *Kriminalpolitik* de Roxin²¹).

A concepção original do princípio da insignificância com Roxin dizia respeito exclusivamente ao crime de “coerção” (*Nötigung*, § 240 StGB²², forma

18 Uma exceção é REIS, Marco Antonio Santos. O que há de significativo na insignificância? *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 62, pp. 115-138, out./dez. 2016.

19 ROXIN, Claus. Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht. In: ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, pp. 184-208, p. 193.

20 Por exemplo, GOMES, Luiz Flávio. Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001, que cita o texto de Roxin através do *Tratado de derecho penal* de Zaffaroni.

21 Na página 74 da tradução em espanhol e página 24 da edição alemã acima citadas. O método das citações não deixa entrever facilmente, mas trata-se seguramente de TIEDEMANN, Klaus. Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder. *Juristische Schulung*. München, 45. Jahrgang, pp. 108-113, 1970.

22 Abreviação de *Strafgesetzbuch*, ou “código penal”. Eventualmente, nos referiremos ao código penal alemão dessa forma de agora em diante.

delituosa mais ou menos equivalente ao “constrangimento ilegal” do código penal brasileiro) e aparecia em um elenco junto com outros seis princípios – coletivamente denominados “doutrina dos princípios” – cujo fim era funcionar como parâmetros interpretativos a serem usados pelos tribunais para avaliar a sua reprovabilidade (*Verwerflichkeit*). Segundo a redação do código penal alemão, no tipo penal da *Nötigung* há um elemento normativo (*Wertbegriff*) que consiste na “antijuridicidade” (*Rechtswidrigkeit*) da conduta. Diz-se, especificamente, que o ato é antijurídico (*rechtswidrig*) somente quando a violência ou a ameaça direcionada à coerção de alguém é de ser considerada reprovável (*verwerflich*) com relação ao fim perseguido (no original do § 240, 2, do StGB: “*Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.*”²³). Então, obviamente, não apenas a distinção entre erro de tipo e erro de proibição tornava-se confusa, mas toda a estrutura do tipo penal terminava por depender de um juízo que, em um primeiro momento, poderia ser meramente moral. Tal circunstância criava a possibilidade de pôr em questão até mesmo a constitucionalidade do tipo penal por violação da “requisição de determinação” (*Bestimmtheitsanforderung*) inerente ao princípio de legalidade, isto é, do “princípio de determinação” (*Prinzip der Gesetzesbestimmtheit*)²⁴. De fato, a inconstitucionalidade do § 240 do StGB foi arguida por muitos penalistas depois da entrada em vigor da constituição alemã (a *Grundgesetz*) em 1949, especialmente por Hellmuth Mayer referido expressamente por Roxin em *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit*²⁵.

Portanto, aqueles seis princípios, dentre os quais o da insignificância, tinham a função de reconduzir a determinação da reprovabilidade da violência ou da ameaça com relação ao seu fim a uma análise propriamente jurídica, colocando-a na dependência da verificação de seu caráter antissocial.²⁶ Assim o

23 A tradução seria como segue: “O ato é antijurídico se o uso da força ou a ameaça do mal é de considerar-se reprovável com relação ao fim almejado” ALEMANHA. 1871. *Strafgesetzbuch*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_240.html>. Consultado em: 09/09/2018.

24 O próprio Roxin aborda este complexo problema da *Gesetzesbestimmtheit* do tipo penal na *Kriminalpolitik*. ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1973, p. 23.

25 ROXIN, Claus. *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*. In: ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, pp. 184-208, p. 192. Veja-se MAYER, Hellmuth. *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*. In: *Materialien zur Strafrechtsreform*. Band I: Gutachten der Strafrechtslehrer. Bonn: Bundesminister der Justiz, 1954, pp. 259-277, pp. 259ss., 267ss. Sobre o tema, vejamos também CALLIESS, Rolf-Peter. *Dialogisches Recht: Beiträge zur Rechtstheorie und zu den Grundlagen des Strafrechts im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pp. 115-6, 123-4 e KÖHLER, Michael. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer-Verlag, 2013, pp. 88-9.

26 Os outros princípios são o Princípio da Antijuridicidade (*Rechtswidrigkeitsprinzip*), o Princípio da Ponderação de Bens (*Güterabwägungsprinzip*), o Princípio da Precedência do Meio de Coerção Estatal (*Prinzip des Vorranges staatlicher Zwangsmittel*), o Princípio da Ausência

princípio da insignificância era, na sua concepção original, parte de um esquema interpretativo orientado à clarificação jurídica de um específico elemento normativo (a reprovabilidade ou *Verwerflichkeit*, no original) de um específico tipo do código penal alemão. Pensava-se, portanto, em um emprego bastante casuístico, que de tudo contrastava com o *status* de princípio quase geral do direito penal do qual tal princípio foi revestido pela penalística brasileira. Esse fato parece ter sido negligenciado pela quase totalidade dos juristas brasileiros que indicavam Roxin como a origem da teoria do princípio da insignificância enquanto fundamento, com validade geral, da exclusão do crime por escassa lesividade da conduta. A propósito, dois de seus discípulos brasileiros explicitaram recentemente, em uma publicação em português, as dúvidas sobre a exatidão da insistente atribuição a Roxin da paternidade de tal doutrina²⁷. A tese deles, entretanto, passou inadvertida sem mensuráveis repercussões na doutrina, e ainda menos na jurisprudência.

De qualquer modo, o que parece ter escapado a esses autorizados intérpretes do pensamento do penalista alemão é o fato de que ele próprio parece inequivocamente ter mudado de modo fundamental, ainda que sutil, a sua compreensão do âmbito de aplicação do princípio da insignificância. De fato, justamente na *Kriminalpolitik*, Roxin mesmo – provavelmente sob a influência dos autores lá mencionados que, segundo ele, tinham se inspirado em suas ideias expressas em *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit* – cogita a hipótese da aplicação do princípio da insignificância “na maioria dos tipos penais”²⁸. Disso trataremos com mais detalhes mais à frente. Todavia, como se sabe, ninguém é profeta em sua terra e as possibilidades que essa afirmação abriu à discussão do problema dos delitos de bagatela não foram aproveitadas plenamente na Alemanha. Ao contrário, na penalística alemã o problema dos crimes de bagatela foi tratado sobretudo no âmbito do processo penal, através da elaboração do chamado princípio de oportunidade (*Opportunitätsprinzip*) regulado pelo § 153 StPO (código de processo

de Conexão (*Prinzip des mangelnden Zusammenhanges*) e o Princípio da Autonomia (*Autonomieprinzip*). ROXIN, Claus. *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*. In: ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, pp. 184-208, pp. 193-4. Por fugir aos propósitos do presente artigo, declinamos da tarefa de descrever o conteúdo de cada um desses princípios. Sobre isso, além do próprio texto de seu formulador apenas citado, veja-se também KÜPER, Wilfried. *Strafrecht Besonderer Teil: Definitionen mit Erläuterungen Grundbegriffe des Rechts*. Ed. 8. Heidelberg: CF Müller, 2012, pp.244-5.

- 27 GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. In: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Org. Alaor Leite. Tradução de Luís Greco et. al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 31
- 28 No original: “Hierher gehört ferner das sog. Geringfügigkeitsprinzip, das es bei den meisten Tatbeständen gestattet, bagatellarische Beeinträchtigungen von vornherein auszuschneiden [...]” ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1973, p. 24. Na tradução em espanhol: “A esto pertenece además el llamado principio de la insignificancia, que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia [...]” ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, pp. 73-4.

penal alemão)²⁹. Segundo esse parágrafo, o ministério público pode renunciar à persecução penal (com ou, em certos casos, sem a anuência da corte) quando 1) se tratar de um *Vergehen* (a forma menor de infração penal do sistema alemão bipartido³⁰), 2) o nível de culpabilidade do indiciado seja considerada reduzida e 3) não haja nenhum interesse público na persecução. A solução processual do problema desencorajou a pesquisa sobre o tema³¹. O próprio Roxin apenas marginalmente aprofundou essa tese, no sentido de uma extensão do princípio da insignificância a outros tipos penais, em seus escritos sucessivos.

3 INSIGNIFICÂNCIA E TEORIA DO DELITO: A CONSTRUÇÃO DA TIPICIDADE MATERIAL

A partir do que expusemos anteriormente, fica claro que – a exceção das disposições casuístas mencionadas – não há desde a versão original do código penal em 1940 nenhum fundamento legal explícito para a exclusão em geral da esfera penal das condutas que ofendem de maneira escassa o bem jurídico-penal. Com relação, então, a esse hipotético princípio da insignificância, dir-se-ia mesmo que “nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o acata formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que se aceitam limites para interpretação constitucional e das leis em geral.”³² Isso, obviamente, não deteve os entusiastas da novidade. O que aconteceu é que a construção de um fundamento para a validade do princípio da insignificância no sistema penal brasileiro passou a ser feita pelos penalistas pátrios especialmente através da teoria da concretização dos princípios constitucionais³³. Nessa narrati-

29 ALEMANHA. 1879. *Strafprozeßordnung*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_153.html>. Consultado em: 12/09/2018.

30 A partir dos anos 60, as antigas *Übertretungen* foram sendo convertidas em *Vergehen* ou em *Ordnungswidrigkeiten* (infrações administrativas) até que, em 1974, as remanescentes foram revogadas e o sistema tripartite foi finalmente eliminado. Veja-se sobre isso a introdução ao direito das *Ordnungswidrigkeiten* de MITSCH, Wolfgang. *Recht der Ordnungswidrigkeiten*. Berlin: Springer-Verlag, 2013, p. 18.

31 Os mais extensos estudos em língua alemã sobre o tema parecem ser ainda KRÜMPELMANN, Justus. *Die Bagatelldelikte: Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*. Berlin: Duncker und Humblot, 1966, e DREHER, Eduard. *Die Behandlung der Bagatellkriminalität*. In: STRATENWERTH, Günter et al. (Hrsg.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, pp. 917-940.

32 Vale a pena olharmos todo o trecho: “O conceito de delito de bagatela não está na Dogmática jurídica. Nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o ataca formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que se aceitam limites para interpretação constitucional e das leis em geral. É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes do direito [...]” LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais penais e da jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 45.

33 SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 79.

va, de forma geral, o princípio da insignificância estaria pressuposto pela própria ordem constitucional. O seu conhecimento, isto é, a cognição de sua natureza e extensão, dependeria certamente da interpretação e concretização dos outros princípios já reconhecidos legalmente ou, ao menos, consagrados na ciência penal. Mas somente o seu conhecimento. O seu fundamento de existência, ontológico se se quiser, seria encontrado implícito na estrutura mesma de um direito penal inscrito em um Estado democrático de direito. Então, ignorá-lo tornaria frágil esse mesmo Estado democrático do qual ele faz parte. Chegou-se, assim, a se falar mesmo em uma assim chamada “teoria constitucionalista do delito”³⁴.

Portanto, frequentemente, qualquer exposição mais extensa do princípio da insignificância por parte de um penalista brasileiro iniciaria forçosamente com uma descrição dos seus vínculos lógicos com outros princípios fundamentais, já solidamente afirmados no âmbito da ciência penal. E de uma forma geral, a narrativa prossegue, com as nuances de cada autor, da seguinte maneira: o princípio da lesividade oferece o ponto de partida do raciocínio e recorda-nos que não é legítimo para o legislador a criminalização daquelas condutas que não lesionam, nem colocam em risco bens jurídicos³⁵; o princípio da intervenção mínima e da *ultima ratio*, dos quais se deduzem a fragmentariedade do direito penal, além da sua subsidiariedade enquanto mecanismo de tutela dos bens merecedores de proteção, justificam a exclusão da esfera penal daquelas condutas cuja baixa intensidade lesiva aconselham instrumentos jurídicos menos gravosos de tutela³⁶; o princípio da proporcionalidade deixaria entrever que punir penalmente, ainda que com as penas legais mínimas, as infrações de bagatela seria desproporcional³⁷;

34 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 231.

35 LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à Luz da Lei n. 9.099/95: Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência Atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 79; ZACHARYAS, Lidia Losi Daher. Princípio da insignificância no direito penal. *Revista jurídica da escola superior do ministério público de São Paulo*. São Paulo, v. 2, pp. 245-262, 2012, p. 247; REIS, Marco Antonio Santos. O que há de significativo na insignificância? *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 62, pp. 115-138, out./dez. 2016, p. 116.

36 GOMES, Luiz Flávio. Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 1, 2001, p. 2, 4, 10, 18; QUEIROZ, Paulo. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp. 120, 125; REIS, Marco Antonio Santos. O que há de significativo na insignificância? *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 62, pp. 115-138, out./dez. 2016, p. 116, 133; ZACHARYAS, Lidia Losi Daher. Princípio da insignificância no direito penal. *Revista jurídica da escola superior do ministério público de São Paulo*. São Paulo, v. 2, pp. 245-262, 2012, pp. 247-8.

37 SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o Princípio da Insignificância. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, pp. 36-50, jan-mar/1990, p. 47; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à Luz da Lei n. 9.099/95: Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência Atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 65; REIS, Marco Antonio Santos. O que há de significativo na insignificância? *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 62, pp. 115-138, out./dez. 2016, p. 116, 119,

finalmente, do princípio de adequação social de Hans Welzel³⁸ deriva a conclusão de que uma conduta escassamente lesiva ao bem jurídico, não obstante típica, encaixar-se-ia nos parâmetros de comportamento esperado e, assim, seria de se qualificar como socialmente adequada³⁹.

Interpretando-se conjuntamente esses princípios penais reconhecidos por todos os ordenamentos político-jurídicos democráticos, chegaram os penalistas brasileiros à conclusão de que “o *jus puniende* [sic] só se encontra legitimado quando tiver por função reprimir condutas materialmente lesivas ao bem jurídico atacado”⁴⁰. Consequentemente, a ênfase sobre o caráter *materialmente* lesivo da conduta indicaria que não basta que o fato satisfaça os aspectos formais da descrição típica para ser considerado capaz de violar efetivamente a esfera de proteção do bem jurídico. Em uma tal abordagem, emergiu na ciência penal uma nova categoria: à tipicidade formal se soma uma tipicidade definível como “material”. Portanto, a escassa lesividade do fato passou a ser enquadrada no âmbito da teoria do delito normalmente como forma de exclusão da tipicidade, justamente porque eliminava a possibilidade de considerar o fato como materialmente típico. Assim o próprio tipo penal passava a se subdividir em um tipo formal e um tipo material. Esse último tornava-se, assim, um conceito útil à correção da irrazoabilidade prática do primeiro. De tal forma, diz um de seus principais proponentes, “o juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devem ser estranhos ao direito penal”, como seriam aqueles que causam um “dano social irrelevante”, “deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo”. Depois, acrescenta ainda o mesmo autor que uma validade sistemática e irrefutável da “conclusão

135; GOMES, Luiz Flávio. Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001, pp. 10, 17; ZACHARYAS, Lidia Losi Daher. Princípio da insignificância no direito penal. *Revista jurídica da escola superior do ministério público de São Paulo*. São Paulo, v. 2, pp. 245-262, 2012, pp. 247, 253.

38 WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1969, pp. 55-7.

39 GOMES, Luiz Flávio. Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001, p. 8; ZACHARYAS, Lidia Losi Daher. Princípio da insignificância no direito penal. *Revista jurídica da escola superior do ministério público de São Paulo*. São Paulo, v. 2, pp. 245-262, 2012, pp. 247, 252; SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o Princípio da Insignificância. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, pp. 36-50, jan-mar/1990; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à Luz da Lei n. 9.099/95: Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência Atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 118; REIS, Marco Antonio Santos. O que há de significativo na insignificância? *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 62, pp. 115-138, out./dez. 2016, p. 117.

40 LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais penais e da jurisprudência atual*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 86.

político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário, não se ocupando de bagatelas” requer “considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade”. E conclui, finalmente, que “a concepção material do tipo, em consequência, é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos”⁴¹.

4 O RISCO DE REJEIÇÃO AO FALSO TRANSPLANTE

Uma vez estabelecido que um consideravelmente baixo grau de lesão ao bem jurídico exclui a existência do crime propriamente dito enquanto insuficiente para satisfazer o requisito de tipicidade em sua concepção *material e constitucional*, aos adeptos da doutrina do princípio da insignificância ainda faltava individualizar os critérios de verificação de tal característica. E se é verdade que o diabo mora nos detalhes, então o direito penal e sua complexa dogmática tem condições de revelar como poucos outros domínios do conhecimento jurídico as intrincadas contradições a que nos levam aquelas ideias que, em seus aspectos gerais, nos parecem ao mesmo tempo profundas, simples e elegantes. De fato, os penalistas e os tribunais brasileiros tiveram oportunidade de experimentar essa singular capacidade da ciência penal na tarefa de precisar os critérios de aplicação do princípio da insignificância – ainda que se, no mais das vezes, aparentemente sem dar-se conta plenamente. Não é esta a sede para comentar de modo específico cada uma das variações da teoria. Basta mencionar aquilo que se encontra nos escritos de alguns dentre seus expoentes mais autorizados. Também foge ao fim do presente trabalho uma análise minuciosa, à luz da teoria analítica do delito, das inconsistências das tentativas de elaborar as repercussões técnico-dogmáticas do princípio da insignificância. É suficiente ressaltar aquelas que tem interesse para a história das ideias jurídicas na medida em que suscitaram debates ou, ao menos,

41 O trecho completo é como segue: “O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devem ser estranhos ao direito penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade. A concepção material do tipo, em consequência, é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal.” MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 53-4; SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 80; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 236-7; GOMES, Luiz Flávio. Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001, pp. 10, 21.

impasses entre os que protagonizaram sua construção ou o operacionalizaram na prática jurídica. Assim foi dito, por exemplo, que o princípio da insignificância pode ser aplicado somente quando presentes os requisitos que seguem: “a) mínima ofensividade na conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada”⁴². De início, chama a atenção o fato de que a própria circunstância que se quer atestar, isto é, a insignificância da ofensa ao bem jurídico, compareça como critério de sua própria verificação, mais precisamente o último dos quatro, ainda que com o emprego de sinônimos. Mas mais interessante é o fato de que os outros critério dizerem respeito mais aos aspectos da culpabilidade enquanto juízo de desvalor da conduta, circunstância de tudo inconsistente com a concepção segundo a qual a escassa lesividade do fato ponha em marcha o princípio para-constitucional da insignificância através da exclusão da tipicidade.

Além disso, mesmo que a matéria não tenha sido – e não seja ainda – objeto de consenso, os tribunais brasileiros de forma majoritária foram – e aparentemente ainda são – da opinião de que a absolvição por reconhecimento da insignificância da ofensa não é aplicável aos casos de reincidência. Nesse sentido se pronunciaram STF e o STJ. Assim, por exemplo, em 2014, na análise de um pedido de *habeas corpus* o ministro-relator Luiz Fux, ainda que admitindo a ideia segundo a qual “somente devem ser considerados critérios objetivos para o reconhecimento dessa causa supralegal de extinção da tipicidade”, apressou-se em acrescentar que “a prudência recomenda que se leve em conta a obstinação do agente na prática delituosa, a fim de evitar que a impunidade o estimule a continuar trilhando a senda criminosa”. O caso de que tratou o *habeas corpus* foi um furto da importância de R\$ 25,00, qualificado pela destruição de um obstáculo, a saber, uma porta avaliada em R\$ 80,00. Na decisão, o magistrado advertiu que “a aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais”⁴³. Obviamente, de novo, se se tratava de uma exclusão da tipici-

42 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 71. De maneira semelhante, com relação especificamente ao crime de furto MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2.ed. São Paulo: Método, 2014, p. 614.

43 O resumo completo da decisão é conforme segue: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO (CP, ART. 155, § 4º, I E IV). REINCIDÊNCIA NA PRÁTICA CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABEAS CORPUS EXTINTO SEM ANÁLISE DO MÉRITO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. Em que pese haver entendimento de que somente devem ser considerados critérios objetivos para o reconhecimento dessa causa supralegal de extinção da tipicidade, a prudência recomenda que se leve em conta a obstinação do agente na prática delituosa, a fim de evitar que a impunidade o estimule a continuar trilhando a senda

dade, então – às luz das teorias analíticas do delito mais populares à época – os critérios de concretização do princípio da insignificância deveriam ser somente objetivos, como bem reconheceu o magistrado. De outro lado, é certo que tais considerações de política criminal com relação à prática reiterada de pequenos crimes patrimoniais não poderiam ser ignoradas, e sobretudo não em uma cultura penal ainda fundamentalmente devotada ao controle social da pobreza com é a brasileira. Sua relevância, porém, serve para demonstrar que a sua apropriada sede dogmática de consideração seria, sempre à luz das teorias do delito mais populares na doutrina brasileira, talvez a culpabilidade. De fato, se se considera a versão original do princípio da insignificância – acima exposta – a confusão entre erro de tipo e erro de proibição que é induzido pelo elemento normativo da reprovabilidade (*Verwerflichkeit*) inserido no tipo da *Nötigung* § 240, 2, do StGB, torna aceitável que a falta dessa última exclua a tipicidade⁴⁴. Em caso contrário, entretanto, considerada a teoria finalista da ação e a correspondente teoria normativa pura da culpabilidade, adotadas na reforma da parte geral do código em 1984 e amplamente aceitas pelos juristas brasileiros, o juízo de reprovabilidade diz respeito à culpabilidade.

E por fim, não obstante haja alguns precedentes jurisprudenciais importantes para os crimes de evasão fiscal, para crimes ambientais e crimes contra a administração pública, o setor penalístico que mais comodamente acolheu a doutrina do princípio da insignificância no Brasil é aquele dos crimes contra o patrimônio (privado), que parecem ter sido vistos pela penalística brasileira

criminosa. (...)4. In casu, a) o paciente foi condenado a 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, por ter arrombado a porta de aço do Bar Rei Momo, na cidade de Vitória/ES e subtraído do interior do estabelecimento a quantia de R\$ 6,00 (seis reais) em notas, bem como um porta moedas de plástico, contendo R\$ 19,00 (dezenove reais) em moedas. 3.1. Na sentença condenatória, o magistrado destacou que, além da quantia subtraída, a vítima ainda teve um prejuízo de R\$ 80,00 (oitenta reais), referente ao conserto da porta do estabelecimento que foi arrombada. 3.2. As instâncias precedentes deixaram de aplicar o princípio da insignificância em razão de ser o paciente contumaz na prática criminosa. (...) 6. O reconhecimento da atipicidade da conduta do paciente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta, porquanto trata-se de condenado reincidente. 7. A substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos é possível, ainda que o condenado seja reincidente, “desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”, nos termos do artigo 44, § 3º, do Código Penal. 8. Habeas corpus extinto sem análise de mérito e ordem concedida de ofício para determinar ao juiz da execução que substitua a pena privativa de liberdade imposta ao paciente por outra restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, § 3º, do Código Penal.” BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 118853/ES. 1º turma. Rel. Min. Luiz Fux. Espírito Santo. 29 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28118853%2E%2A%2E%29%28PRIMEIRA%2E%2E%29&base=baseAcordaos&curl=http://tinyurl.com/y9zt7j76>> Consultado em: 28/09/2018.

44 Veja-se a propósito SAAL, Martin. *Das Vortäuschen einer Straftat (§145 StGB) als abstraktes Gefährungsdelikt*. Berlin: Dunckler und Humblot, 1996, pp. 116ss, especialmente a seção “Geringfügigkeit als negatives Tatbestandsmerkmal”.

como o domínio *par excellence* dos delitos a serem considerados de bagatela. E, frequentemente, procura-se isolar a conduta especificamente contra o patrimônio daquelas que dizem respeito à integridade física ou à liberdade das pessoas, o que exclui certas modalidades de crime patrimonial cujos tipos penais requerem a violência ou a ameaça como formas de execução. Assim, um dos mais destacados expoentes da doutrina brasileira do princípio da insignificância, depois de recordar que “os delitos de bagatela poderiam ser aquelas infrações que individualmente consideradas produzem lesão ou perigo de lesão de escassa repercussão social”, exemplificou mencionando “o caso de alguns crimes patrimoniais de pouca monta cometidos sem violência ou grave ameaça”⁴⁵.

Na sua *Kriminalpolitik*, Roxin tinha avançado a ideia da extensão da aplicação do princípio da insignificância à exclusão dos crimes definidos por outros tipos penais além da *Nötigung*. Não obstante ele mesmo não se tenha esforçado no desenvolvimento de tal teoria (cujo objeto em sentido geral acabou, na Alemanha, no âmbito processual, conforme já vimos), poder-se-ia, pelo menos, sustentar ainda que os penalistas brasileiros teriam desenvolvido suas potencialidades a partir do impulso original do penalista alemão, elaborando critérios para a inclusão dos delitos patrimoniais no âmbito do princípio sob análise. Todavia, é precisamente com referimento à categoria dos delitos mais adaptados à aplicação do princípio da insignificância que se revelam as diferenças mais evidentes entre uma abordagem e outra.

Já na *Kriminalpolitik*, os tipos penais que Roxin oferecia como exemplo para um possível emprego do princípio em discussão são aqueles que se assemelham àquela da *Nötigung*, isto é, que tem algo em comum com os elementos do tipo da *Nötigung* sobre os quais incide a reprovabilidade (*Verwerflichkeit*). Esses elementos são – conforme já vimos – a violência e a ameaça, que devem ser reprováveis para que a conduta possa ser incriminada. Portanto, *in primis* poderiam ser consideradas não criminosas aquelas condutas cujos tipos penais requerem formas de coação física, violência ou ameaça para serem realizadas. Como exemplo, no crime de maus-tratos (*Misshandlung*) não entraria “qualquer tipo de dano da integridade corporal, mas somente um relevante”, a “ameaça (*Drohung*) deve ser sensível para superar o limiar da criminalidade”, “como violência/força (*Gewalt*) não deve contar cada insignificante obstrução, mas somente aquela persistente”⁴⁶.

45 No original: “[...] os delitos de bagatela poderiam ser aquelas infrações que individualmente consideradas produzem lesão ou perigo de lesão de escassa repercussão social, razão pela qual não se justifica uma relação jurídica grave. [...] Assim também algumas manifestações delituosas não muito graves, punidas com pena de reclusão (como é o caso de alguns crimes patrimoniais de pouca monta cometidos sem violência ou grave ameaça).” LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*: Análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais penais e da jurisprudência atual. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 47-48.

46 No original: “Eine Mißhandlung ist nicht jede, sondern nur die erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens; [...] Als „Gewalt“ sollte nicht jede geringfügige, sondern nur eine

Em resumo, o que excluía a tipicidade por insignificância era a inidoneidade do constrangimento físico para forçar a vítima ao comportamento desejado ou ainda a incapacidade intimidatória de uma ameaça pueril. No que diz respeito aos crimes patrimoniais, por outro lado, Roxin colocou-os explicitamente fora do âmbito do princípio da insignificância. Não certamente na *Kriminalpolitik*, mas em seu manual, depois de nos ter lembrado que “somente uma interpretação estritamente baseada sobre o bem jurídico e focada sobre cada respectivo tipo do injusto pode tornar claro por que as insignificâncias são em parte atípicas”, o penalista alemão acrescentou ainda que o mesmo método pode ocasionalmente demonstrar que “os furtos de bagatela satisfazem, sem dúvida, o tipo”. E se houvesse ainda dúvidas, ele afirma taxativamente que “a propriedade e a detenção são ofendidas mesmo pelo furto de objetos insignificantes”⁴⁷.

Em síntese, parece bastante claro que a penalística brasileira desenvolveu uma definição do princípio da insignificância que possui apenas uma relação de homonímia com a formulação de Claus Roxin, não obstante as constantes e reiteradas afirmações de vínculo teórico com as ideias do penalista alemão. As diferenças de índole, características, funções e alcance entre as duas versões colocam em dúvida até mesmo o seu pertencimento a uma comum matriz teórica de abordagem do problema dos crimes de bagatela. E isso não constitui nada de que nos deveríamos surpreender. A história do pensamento jurídico é cheia de exemplos de ideias que se apresentam ao público – às vezes conscientemente, às vezes não – como falsas continuções ou recuperações de ideias ou tradições mais antigas, mas esquecidas, para assim se recobrirem com o manto da sua aparente autoridade científica ou política. Da recepção do direito romano na Europa medieval – que desde o início criou um direito romano bem diverso daquele da antiguidade e usou-o como ponto de partida de um elaborado sistema jurídico que aos poucos gestaria as modernas codificações e conquistaria grande parte do mundo – às míticas leis fundamentais das monarquias europeias (como a *Magna Carta*) – que, quando de fato existiram, de pactos estamentais foram ressignificadas para se converter em instrumentos fundadores de liberdades mais ou menos modernas ou da própria estatalidade – parece que os juristas estão sempre receosos de que as inovações sejam rejeitadas enquanto tais. E precisamente como nesses casos, parece-nos que o princípio da insignificância da penalística brasileira e as

nachhaltige Behinderung gelten, so wie auch eine Drohung „empfindlich“ sein muß, um die Schwelle der Kriminalität zu überschreiten.” ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1973, p. 24.

47 No original: “Auch macht nur eine streng rechtsgutsbezogene, auf den jeweiligen Unrechtstyp abstellende Auslegung deutlich, warum Geringfügigkeiten teils tatbestandlos sind und oft schon durch den Gesetzeswortlaut ausgeschieden werden, zum Teil aber auch, wie etwa Bagatelldiebstähle, den Tatbestand zweifelsfrei erfüllen: Eigentum und Gewahrsam werden auch durch den Diebstahl geringfügiger Gegenstände schon verletzt, während in anderen Fällen das Rechtsgut erst bei einer gewissen Intensität der Berührung beeinträchtigt wird.” ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006, p. 299.

inovações dogmáticas que lhe acompanham no âmbito da teoria analítica do delito têm certamente potencialidades científicas e pode eventualmente contribuir para a compreensão técnico-dogmática do problema e, conseqüentemente, para seu melhor tratamento judicial. Por outro lado, as incompatibilidades de sua forma atual com as teorias adotadas pelo código penal brasileiro e pela maioria dos penalistas nacionais, como a teoria normativa pura da culpabilidade, ameaçam a viabilidade judicial e o seu poder de convencimento enquanto teoria. É como se o corpo dogmático consolidado rejeitasse o falso transplante jurídico, ao invés de ressignificá-lo. Talvez aqui, para encontrar solução para os impasses técnicos que afligem a construção da dogmática do princípio da insignificância, a penalística brasileira se beneficiasse de uma plena consciência da sua independência com relação aos modelos norte-europeus.

CONCLUSÃO

O problema dos crimes de bagatela tornou-se objeto de tratamento sistemático por parte dos penalistas somente no segundo pós-guerra em parte graças à emergência do Estado constitucional. A complexidade técnico-dogmática do problema levou a penalística a uma diversidade de orientações teóricas, frequentemente perfiladas segundo as fronteiras nacionais e linguísticas, muito heterogêneas, mas ainda assim convergentes em alguns aspectos. No Brasil, a discussão se iniciou nos anos 80 e foi imediatamente marcada por uma questionável recepção do chamado princípio da insignificância, criado pelo jurista alemão Claus Roxin. A resultante doutrina brasileira do princípio da insignificância, efetivamente, tem pouco a ver com a sua suposta matriz alemã. Em específico, enquanto no Brasil o princípio da insignificância adquiriu ares de generalidade, podendo ser aplicado a diversos tipos penais, em sua formulação original ele era apenas um de um conjunto de seis princípios que conjuntamente serviam para auferir a ocorrência, no caso concreto, de um determinado elemento normativo – a reprovabilidade – presente no tipo penal do crime de *Nötigung* (mais ou menos equivalente ao constrangimento ilegal) do código penal alemão (§ 240 StGB). Além disso, na versão brasileira, tal princípio refere-se à intensidade da lesão ao bem jurídico, ao passo que na versão de Roxin ele dizia respeito à intensidade do meio de execução da coerção. De qualquer forma, esse impulso teórico inicial deu lugar a uma interessante reflexão sobre a relação entre os princípios jurídico-penais fundamentais inerentes ao Estado democrático de direito e a teoria do delito.

Ao final, graças à popularidade dessa teoria, entre um grande número de penalistas brasileiros firmou-se a ideia segundo a qual condutas que ofendem de maneira insignificante o bem jurídico tutelado, ou ainda que o coloquem em perigo de modo desprezível, são atípicas mesmo quando apresentem todos os elementos descritos no tipo penal. Tal conclusão tornou-se possível graças ao acolhimento da assim chamada “concepção material do tipo”, que viabilizou a

operacionalização técnico-dogmática do princípio da insignificância no âmbito da teoria analítica do delito. A escassa lesividade da conduta, então, passou a ser considerada uma causa de exclusão da tipicidade na medida em que impedia a configuração do “tipo material”. Essa solução foi recebida e utilizada de modo parcimonioso pelos tribunais. Como regra, à baixa lesividade da conduta juízes e desembargadores passaram a acrescentar também requisitos relativos à culpabilidade, especialmente a incompatibilidade com a reincidência ou a habitualidade criminosa. Desse modo, o próprio enquadramento dogmático da escassa lesividade como causa de exclusão da tipicidade tornava-se problemático. Em um certo sentido, a falsa recepção fracassava. Mas o impulso que a discussão vernácula do princípio da insignificância deu ao debate sobre os crimes de bagatela levou a inovações teóricas cujas qualidades poderiam ser talvez melhor preservadas e desenvolvidas se fossem levadas adiante com a consciência de sua novidade e sem a busca por filiações teóricas imaginárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. O Princípio da Insignificância no Direito Penal. In: *Revista Jurisprudencial do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo, vol. 94, pp. 72-77, abr.-jun./1988.

ALEMANHA. 1871. *Strafgesetzbuch*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_240.html>. Consultado em: 09/09/2018.

_____. 1879. *Strafprozeßordnung*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_153.html>. Consultado em: 12/09/2018.

AMBOS, Kai. The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the *Rechtsgut* and the Harm Principles. A Second Contribution Towards a Consistent Theory of ICL. *Criminal Law and Philosophy: An International Journal for Philosophy of Crime, Criminal Law and Punishment*. Dordrecht (Netherlands), Vol. 9, n. 2, pp 301–329, Junho de 2015.

ÁUSTRIA. 1852. “Das” *Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, die Strafgerichts-Competenz-Verordnungen und die Press-Ordnung vom 27. Mai 1852 für das Kaiserthum Oesterreich*. Viena: kaiserlich-königlichen Hof- und Staatsdruckerei, 1853.

_____. 1803. *Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Uebertretungen*. Vol. 1: Von Verbrechen. 2. ed. Viena: K. K. Hof- und Staats-Aerial-Druckerey, 1815.

_____. 1803. *Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Uebertretungen*. Vol. 2: Von den schweren Polizey-Uebertretungen und dem Verfahren bey denselben. 2. ed. Viena: K. K. Hof- und Staats-Aerial-Druckerey, 1815.

BARBOSAE, Augustini. *Tractatus varii*. Borde, Philippe & Arnaud, Laurent & Rigaud, Claude, 1660, p. 102.

BECCARIA, Cesare. Piano d'istruzioni per la cattedra di scienze camerali o sia di economia civile". In: BECCARIA, Cesare. *Opere*. Org. ROMAGNOLI, Sergio. Florença: Sansoni, 1958, pp. 341-349.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens. In: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Zwei Aufsätze*. Organizado por José Luis Guzmán Dálbora e Thomas Vormbaum. Münster: LIT Verlag, 2011, pp. 1-34.

BRASIL. 1830. *Código Criminal do Império do Brasil*. Organizado por Carlos Antonio Cordeiro. Rio de Janeiro: Typ. De Quirino de Irmão, 1861.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 118853/ES*. 1º turma. Rel. Min. Luiz Fux. Espirito Santo. 29 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28118853%2EENUME%2E+OU+118853%2EACMS%2E%29%28PRIMEIRA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9zt7j76>> Consultado em: 28/09/2018.

CALLIESS, Rolf-Peter. *Dialogisches Recht: Beiträge zur Rechtstheorie und zu den Grundlagen des Strafrechts im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pp. 115-6, 123-4

CASTRO, Alexander de. “Boa Razão” e Codificação Penal: Apontamentos sobre a Questão Penal Setecentista em Portugal (1769-1789). In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 111, pp. 105-143, Jul./Dez. 2015.

DREHER, Eduard. Die Behandlung der Bagatellkriminalität. In: STRATENWERTH, Günter et al. (Hrsg.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, pp. 917-940.

FEINBERG, Joel. *Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1984.

FEUERBACH, [Paul Johann] Anselm (Ritter von). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Heyer, 1847.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

GOLDSCHMIDT, James Paul. *Das Verwaltungsstrafrecht: eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1902.

GOMES, Luiz Flávio. *Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato*. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001.

_____. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. In: ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alaor Leite. Tradução de Luís Greco et. al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 31

HESPANHA, António Manuel. Da “iustitia” à “disciplina”: textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: HESPANHA, António Manuel. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 287-379;

KÖHLER, Michael. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. Berlin: Springer-Verlag, 2013, pp. 88-9.

KRÜMPPELMANN, Justus. **Die Bagatelldelikte: Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff**. Berlin: Duncker und Humblot, 1966.

KÜPER, Wilfried. **Strafrecht Besonderer Teil: Definitionen mit Erläuterungen Grundbegriffe des Rechts**. Ed. 8. Heidelberg: CF Müller, 2012, pp.244-5.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais penais e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais penais e da jurisprudência atual**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 53-4;

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2.ed. São Paulo: Método, 2014.

MAYER, Hellmuth. **Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände**. In: **Materialien zur Strafrechtsreform**. Band I: Gutachten der Strafrechtslehrer. Bonn: Bundesminister der Justiz, 1954, pp. 259-277.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)**. 2. ed. Bologna: Il mulino, 1977.

MITSCH, Wolfgang. **Recht der Ordnungswidrigkeiten**. Berlin: Springer-Verlag, 2013

MORBIDELLI, Giuseppe. La costituzione. In: MORBIDELLI, Giuseppe et al. **Diritto pubblico comparato**. Torino: Giappichelli, 2004, pp. 27-72.

PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer Science & Business Media, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp. 120, 125;

REBUFFA, Giorgio. Scienza del governo e problema penale nell'opera di Joseph Von Sonnenfels. In MADDALENA, Aldo De; ROTELLI, Ettore; BARBARISI, Gennaro (org.) **Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa**. Volume secondo: Cultura e Società. Bologna: Società editrice il Mulino, 1982.

REINERT, Sophus A. **The Academy of Fisticuffs: Political Economy and Commercial Society in Enlightenment Italy**. Cambridge: Harvard University Press, 2018

REIS, Marco Antonio Santos. O que há de significativo na insignificância? In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 62, pp. 115-138, out./dez. 2016.

ROTHER, Wolfgang. The Beginning of Higher Education in Political Economy in Milan and Modena: Cesare Beccaria, Alfonso Longo, Agostino Paradisi. In: FEINGOLD, Mordechai. **History of Universities**. Vol. 19/1. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 119-158.

ROXIN, Claus. **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem**. Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1973.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006, p. 299.

_____. Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht. **Juristische Schulung**. München, 40. Jahrgang, pp. 373-381, 1964.

_____. Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht. In: ROXIN, Claus. **Strafrechtliche Grundlagenprobleme**. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, pp. 184-208.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and Social Structure**. New Brunswick, London: Transaction Publishers, 2003.

SAAL, Martin. **Das Vortäuschen einer Straftat (§145 StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikt**. Berlin: Dunckler und Humblot, 1996.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o Princípio da Insignificância. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre, v. 3, n. 1, pp. 36-50, jan-mar/1990;

SEELAENDER, Airton L. Cerqueira Leite. A “Polícia” e as Funções do Estado: Notas sobre a “Polícia” do Antigo Regime. **Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, v. 49, p. 73-87, 2010.

_____. *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2003.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2010.

SINA, Peter. **Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”**. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1962.

STARCK, Christian. **Der demokratische Verfassungsstaat: Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995.

STOLLEIS, Michael. **Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland**. Band 1: Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600 bis 1800. München: Beck, 1988.

TIEDEMANN, Klaus. Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder. **Juristische Schulung**. München, 45. Jahrgang, pp. 108-113, 1970.

TONIATTI, Roberto. La democrazia costituzionale repubblicana. In: CASONATO, Carlo (Org.). **Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione**. Torino: Giappichelli, 2010, pp. 35–81.

VORMBAUM, Thomas. Birnbaum und die Folgen. In: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Zwei Aufsätze**. Organizado por José Luis Guzmán Dálbora e Thomas Vormbaum. Münster: LIT Verlag, 2011, pp. 93-117.

WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1969, pp. 55-7.

WITTIG, Petra. Rechtsgutstheorie, “Harm Principle” und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Org.). **Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?** Baden-Baden: Nomos, 2003, pp. 239–243.

ZACHARYAS, Lidia Losi Daher. Princípio da insignificância no direito penal. **Revista jurídica da escola superior do ministério público de São Paulo**. São Paulo, v. 2, pp. 245-262, 2012.

Recebido em: 01/10/2018.

Aprovado em: 02/02/2019.