

Fragmentariedade e insignificância como princípios do direito penal: o continente e o conteúdo da significância

Fragmentarity and insignificance as principles of criminal law: the continent and content of significance

Jorge Luiz da Silva Ferreira¹

94

Resumo: Vistos como limitadores do *jus puniendi* estatal, os princípios da fragmentariedade do direito penal e da insignificância guardam estreita relação entre si, sem que se possa entendê-los, todavia, como incidentes sobre o mesmo objeto ou analisados de forma conjunta. Com efeito, enquanto institutos da dogmática penal, a fragmentariedade atua na eleição dos bens jurídicos com relevância suficiente à proteção penal, enquanto a insignificância atua em momento posterior e sucessivo, quando da investigação da relevância da lesão ou da ameaça de lesão ao bem anteriormente tido como significante ao âmbito penal, em verdadeira correlação de continente e conteúdo entre a característica fragmentária do direito penal e a (in)significância da conduta vulnerante do bem jurídico.

Palavras-chave: direito penal; dogmática penal; fragmentariedade; insignificância.

Abstract: Seen as limiting the state's *jus puniendi*, the principles of the fragmentation of criminal law and insignificance are closely related to each other, without, however, being understood as having the same object or being analyzed together. In fact, as institutes of criminal dogmatics, fragmentariness acts in the election of legal goods with sufficient relevance to criminal protection, while insignificance acts at a later and successive moment, when investigating the relevance of the injury or threat of injury to the good previously considered significant in the criminal sphere, in a true correlation of continent and content between the fragmentary characteristic of criminal law and the (in)significance of the conduct that violates the legal good.

Keywords: criminal law; criminal dogmatics; fragmentariness; insignificance.

¹ Mestre em Direito Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC). Assessor de Magistrado do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Professor do Centro Universitário Unifacol. Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-2782-1546>. E-mail: jorgeluiz04@hotmail.com

Recebido em: 04/09/2024
Aprovado em: 07/12/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



1 Introdução

O presente artigo tem por finalidade discutir a correlação entre o princípio da fragmentariedade do direito penal e o princípio da insignificância, perquirindo sobre a relação de continente e conteúdo entre eles, vez que, embora umbilicalmente ligados, a fragmentariedade tem, antes, que declarar a significância do bem jurídico para só então a significância da lesão ser aferida pelo princípio correlato, em verdadeira posição de contém e está contido.

Com efeito, o direito penal não se espraia para alcançar todas as situações juridicamente relevantes, somente podendo alcançar condutas que afetem bens jurídicos de especial valor social, fazendo nascer, no oceano do juridicamente relevante, um arquipélago de pequenas ilhas de interesse penal, num mar de indiferente penal. Eis aí a característica fragmentária do direito sancionador.

A despeito da eleição dos bens jurídicos de relevo bastante para atrair a atenção da esfera penal, há ações ou omissões que, dirigidas à vulneração de tais bens jurídicos, não conseguem, sequer, arranhar o verniz da proteção penal que se dá a partir da tipificação formal daquela conduta, ou o faz de modo tão superficial que é possível qualificá-la como insignificante, sendo esta a razão de ser do princípio da insignificância, o que indicia o juízo de dupla valoração de significância para o direito penal, uma na escolha do bem jurídico a ser tutelado, outra na análise da extensão do dano (ou do não dano) ao mesmo bem jurídico já qualificado como significativo.

Na busca pela formação de um arcabouço teórico que evidenciasse a correlação entre os já referidos princípios, a pesquisa propôs, em primeiro momento, esclarecer a necessidade da criação de uma dogmática penal que limitasse o *jus puniendi* estatal e enfrentar o problema da eleição de bens jurídicos que seriam acolhidos por esta dogmática, enaltecendo a necessidade de resguardar a característica fragmentária do direito penal. Ao depois, buscou discutir o princípio da insignificância, sua origem e conteúdo para, ao final, identificar a correlação entre este e o princípio da fragmentariedade.

Para a elaboração do artigo foi realizada pesquisa bibliográfica consiste na revisão da literatura relacionada à temática abordada, valendo-se, sobretudo, de doutrina especializada e dos escritos daqueles apontados como responsáveis pela sistematização dos institutos objeto da pesquisa.

2 Reconhecimento do direito penal como meio de proteção apenas dos bens jurídicos mais relevantes: a fragmentariedade do direito penal

Após a obra de Anton Bauer, e até os dias atuais, diz-se que os fins da pena são explicados pelas teorias absolutas, relativas e mistas². A primeira delas é calcada na ideia de que a pena é mera retribuição ao cometimento do ilícito penal, “situam o fim e o fundamento da pena na natureza jurídica absoluta desta, sem indagar de sua justiça ou de sua utilidade. Pune-se *quia peccatum est*, porque a pena é justa em si” (Lyra, 1958, p. 26), enquanto as teorias relativas apontam que a pena traz em si uma finalidade que não se esgota na retribuição, mas na “necessidade de evitar a prática futura de delitos (*punitur ut ne peccetur*)” (Prado, 2014, p. 96-97) e as mistas, por indicação da própria nomenclatura, promove o ajuntamento das teorias absolutas e relativa, atribuindo-se, pois, à pena, o caráter retributivo da culpabilidade e a função reabilitadora (Brandão, 2008, p. 283).

É certo, porém, que mesmo havendo uma grande variedade – quase que à escolha do ator jurídico – de teorias que explicam a finalidade da pena, há sempre uma dificuldade de verificação prática das consequências penais impostas, razão pela qual borbulham críticas aos fundamentos sancionadores.

Assim como Pinóquio existe como personagem literário, mas não no registro civil italiano, as funções declaradas da pena criminal (dissuasão, intimidação, consenso/estabilização social, correção, terapêutica, dentre outras) estão espalhadas e acreditadas no imaginário (com a exceção do retributivismo e da incapacitação/neutralização, por óbvio, que mesmo sendo veladas e ocultas, são reais), mas inexistem na realidade social (Melo, 2023, p. 107).

Todavia, ainda que sejam tortuosas as finalidades atribuídas à pena, não podendo, por isso mesmo, funcionar como limitador do poder do Estado contra o cidadão, desde Liszt e sua ideia de ciência penal conjunta, à dogmática penal é atribuída um papel de limitador do poder punitivo do Estado, consistindo, pois em uma garantia de submissão do *jus puniendi* às categorias dogmaticamente sistematizadas dos elementos do crime, sendo o direito penal, nas palavras atribuídas ao próprio Liszt, “[...] a barreira intransponível da política criminal” (Roxin, 2000, p. 02-03).

Com efeito, não se pode olvidar que as consequências penais são sempre verdadeiras expressões de violência, sendo ínsita ao direito penal a própria ideia de violência (Brandão, 2015, p. 1). Essa violência estatal, embora legítima, merece uma limitação a partir de um

² A distinção entre as teorias absolutas e relativas pode ser vista, na verdade, desde a obra “Protágoras”, de Platão, bem assim na obra “Da ira”, de Sêneca, está fazendo justamente alusão aos ensinamentos de Platão. Isso é assim observado por Hassemer e Muñoz Conde, porém, explica Zaffaroni, é na obra de Anton Bauer (*Die Warnungstheorie nebst einer darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*), de 1830, que nasce a classificação que ainda se conserva válida.

sistema que possa criar parâmetros de aplicação linear, igualitária e previsível da pena e da medida de segurança (consequências penais), sob pena de se tornar mero arbítrio estatal a imposição da sanção penal.

Para consecução da limitação do arbítrio estatal e de seu *jus puniendi* foi imperativa a sistematização dos elementos do crime a partir justamente da dogmática penal. Segundo Brandão (2015, p. 1):

[...] os esforços para limitá-lo [*o direito penal*] representaram um marco que tem por escopo dar legitimidade àquela violência, a partir de sua justificação. Nesse panorama, construiu-se a partir do século XIX uma dogmática que fornece critérios para limitar a imposição da violência da consequência do nosso ramo do direito: a dogmática penal.

A elaboração de conceitos altamente refinados sobre os elementos estruturantes do crime a permitir a identificação de sua ocorrência em razão de uma conduta e o respeito a uma série de requisitos formais para a aplicação do direito penal configura exigência do pensamento dogmático e nasce como verdadeiro limite ao uso abusivo e discricionário do poder punitivo, não mais se concebendo a interpretação e a aplicação da pena como mero ato de vontade do soberano (Luz, 2012, 205).

Há de se atentar, porém, que o direito penal por vezes é concebido como a própria dogmática penal e não como sinônimo de *jus puniendi*, o que leva – sem qualquer alteração no sentido de limite aqui exposto – a colocações como a de Zaffaroni no sentido de que “o direito penal deve operar como dique para represar esse poder [o punitivo]. O caráter repressivo subsiste como contenção dos impulsos irracionais do poder punitivo do Estado” (2002, p. 156/157). É uma faceta liberal do direito penal que há de se ter em mente para alcançar a característica fragmentária aqui exposta.

Não se trata de defesa ao excesso da metodologia dogmática a que se chegou o direito penal após a fase do positivismo criminológico, com total separação da dogmática penal dos demais ramos que auxiliam (senão compõe) o direito penal, posto que o dogmatismo exacerbado já conduziu o debate jurídico a “silogismos infundáveis, a distinções ociosas, a questões supérflua, a temas de todo estranhos à teleologia penal”, em uma evidente desumanização do “ramo mais humano da ciência do direito” (Noronha, 2004, p. 08). Se é verdade que ciência do direito penal necessita de sistematização teórica de seus institutos, não é menos verdade que o imperialismo do método dogmático afastou o direito penal da realidade (Siqueira, 2018, p. 01).

Mas é justamente pelo caráter limitador do poder de punir do Estado próprio da dogmática penal que se diz que as normas penais incriminadoras possuem caráter fragmentário, não abrangendo a totalidade das condutas ou relações pessoais como o faz o direito civil, que não permite lacunas. A norma penal incriminadora seleciona determinados comportamentos para criminalizar e o faz de modo descontínuo (Zaffaroni, 2002, p. 97).

Figura o caráter fragmentário do direito penal como derivação do princípio da subsidiariedade “que aponta para o fato de que o direito penal não promove uma tutela global de bens jurídicos contra toda forma de agressão, mas seleciona fragmentos de injusto dotados de especial gravidade para erigi-los à categoria de injustos penais” (Greco, 2007, p. 266).

Anota Zaffaroni que a fragmentariedade é característica do poder punitivo e da lei penal (em especial a lei penal incriminadora) - pois que esta deveria se ocupar apenas de determinados comportamentos humanos - e não do direito penal enquanto ciência, primeiro porque é justamente o saber jurídico contínuo e amplo que combate o poder punitivo, tornando-o fragmentário e o impedindo de ser totalitário, segundo porque o saber penal deve abranger todo o exercício do poder público a fim de indicar - em razão de leis criminais de caráter latente - o que é punível, ou não, principalmente porque o poder punitivo se define por exclusão a partir do que não é punível (Zaffaroni, 2002, p. 97-98).

Segundo Zaffaroni (2002, p. 98):

O direito penal deve ser conhecimento sem fraturas, que cubra em seu horizonte toda a continuidade latente do poder punitivo, para eliminar tanto o que se exerce sem o pressuposto de um crime, quanto para conter o que é exercido nesses casos e, dessa maneira, obter a fragmentação do exercício do poder punitivo e acentuá-lo na medida do poder dos órgãos judiciais.

Fazendo alusão às lições de Binding, Jescheck diz que o caráter fragmentário do direito penal o afasta de um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos e impõe a proteção somente de parte das violações àqueles bens a partir da “eleição do difícil critério do merecimento da pena”, fazendo menção, ainda, que Binding via essa característica como própria do estado liberal de direito, embora falhasse o legislador de sua época no trabalho de limitar o direito penal àqueles casos em que pela sua “periculosidade” e “reprovabilidade” exigisse a imposição de uma pena pública (1981, p. 73).

Voltado ao legislador, esse critério de merecimento de pena trabalhado por Binding é um critério limitador do direito penal para o qual a só proteção ao bem jurídico não é suficiente. Para além da proteção de bens jurídicos, na escolha desse bem há de se ter em conta a

importância ou envergadura desse bem, sob pena do cometimento de injustiças na aplicação do direito penal e da criação de um direito penal autoritário. Nesse sentido, merece transcrição o defendido por Muñoz Conde (2010, p. 80):

De todo o dito, se deduz que o bem jurídico é um fundamento necessário da intervenção do direito penal na regulamentação da convivência humana, mas não é por si só critério suficiente para limitar o poder punitivo do Estado. A intervenção do direito penal na proteção de bens jurídicos depende, além disso, como disse Hassemer, do critério do merecimento de pena, ou seja, da análise de se um determinado comportamento que afeta a um determinado bem jurídico deve, pela gravidade do ataque, pela própria importância do bem jurídico etc., ser sancionado penalmente.

A seleção procedida pelo direito penal a partir desse critério deve alcançar somente os bens jurídicos de maior relevância, fazendo com que o direito penal se apresente fragmentário como um “arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente” (Prado, 2014, p. 178). Nem todas as condutas que lesionam bens jurídicos serão alcançadas pelo direito penal, senão apenas aquelas mais graves e que lesionem bens jurídicos mais importantes (Bitencourt, 2012, p. 56), devendo “caber ao direito penal uma função exclusiva de proteção aos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem, cuja violação constitui o crime” (Saraiva, 2024, p. 2).

Tem-se, portanto, na fragmentariedade do direito penal, o planeta onde se deve aportar o direito penal para eleição ou escolha dos bens que merecem ser alcançados pela proteção penal, criando, portanto, o continente de bens jurídicos penalmente significantes.

3 A insignificância: mais do que a relevância do bem jurídico, a importância da extensão da lesão a este mesmo bem.

Repisando o sustentado no título anterior, a tentativa de limitação do âmbito do direito penal reclamou a sistematização dos elementos do tipo a partir do método dogmático, bem assim a assimilação de que somente se poderia utilizar o direito penal de forma subsidiária e fragmentária, de modo que somente os bens jurídicos mais relevantes pudessem ser acolhidos sob o pálio da lei penal. Todavia, ainda assim é possível verificar que, mesmo após a aplicação destes filtros, determinadas condutas tipificadas de maneira abstrata pela norma podem, no mundo dos fatos, ser indignas da atenção penal, posto que inexpressiva ou ausente a lesão ao bem jurídico tutelado, de modo que podemos apontar como reflexo desse caráter fragmentário

também o afastamento da incidência penal em razão da inexpressividade da lesão ao bem jurídico.

Segundo Roxin, na investigação quanto à determinação do conteúdo do conceito de tipo é comum que se aponte, de modo impensado, que os elementos do tipo devem ser analisados finalisticamente, levando em consideração o bem jurídico tutelado, o que redundaria numa interpretação extensiva e abrangente que leva a um crescimento considerável da criminalidade, quando, na verdade, sob o ângulo do princípio do *nullum-crimen*, o correto é uma interpretação restritiva do tipo, fazendo com que somente se mantenha íntegro “o campo de punibilidade indispensável ao bem jurídico”, o que se dá a partir da utilização de princípios regulativos como o da adequação social e o da insignificância, fazendo valer o caráter fragmentário do direito penal (2000, p. 46/47).

Evitando possível confusão, faz-se necessário esclarecer que a ideia da necessária tipicidade material para configuração do injusto penal não deriva da construção doutrinária do caráter fragmentário do direito penal, mas com ele encontra especial ligação a partir da constatação da ideia de que a característica fragmentária do direito penal reclama que somente seja abarcada por esse ramo do direito as agressões mais insuportáveis aos bens jurídicos mais caros se encontram também na base da lapidação do princípio da insignificância, que afasta a incidência penal quando verificada a inexistência da lesão ou lesão de ínfima monta ao bem jurídico.

Conceitualmente, o princípio da insignificância pode ser traduzido, pois, como aquele que, a partir da constatação do desvalor da conduta ou do resultado, e em homenagem à característica fragmentária do direito penal, afasta a incidência da norma penal em razão da ausência ou da ínfima lesão ao bem jurídico tutelado.

Trabalhando o conceito desse princípio, Ivan Luiz da Silva (2011, p. 101) diz que este é o princípio

[...] que norteia as comparações entre o desvalor consagrado no tipo penal e o desvalor social da conduta do agente, aferindo, assim, qualitativa e quantitativamente a lesividade desse fato para constatar-se a presença do grau mínimo necessário à concreção do tipo penal; se nesse cotejo axiológico verificar-se que o desvalor do ato ou do resultado é insignificante em relação ao desvalor exigido pelo tipo penal, então esse fato deverá ser excluído da incidência penal, já que é desprovido de reprovabilidade jurídica.

Note-se que o desvalor da conduta que deve ser aferido para a verificação do princípio da insignificância não diz respeito ao desvalor social da ação, como no princípio da adequação

social proposto por Welzel³, distinguindo-se deste na justa medida em que para a verificação da insignificância se reclama o exame de cada caso concreto, mediante uma interpretação restritiva orientada para o bem jurídico protegido (Prado, 2014, p. 190-191). A conduta tipificada abstratamente pela norma não é adequada socialmente, merecendo atenção penal, porém a conduta praticada e que a ela formalmente se subsume não lesiona o bem jurídico tutelado ou lesiona de forma tão ínfima que não deve ser alcançada pelo *jus puniedi* estatal.

A análise sobre a avaliação do grau de lesividade da conduta ou da efetiva lesão ao bem jurídico é que permitirá avaliar se houve real menoscabo do bem jurídico a permitir a atuação do direito penal. Do contrário, estaremos diante de condutas bagatelares com as quais o direito penal não deve se ocupar (Mestres, p. 172). Nas palavras de Roxin (2000, p. 47-48), responsável pela hodierna sistematização do princípio:

[...] o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinoso no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por “violência” não se pode entender uma agressão mínima, mas somente de certa intensidade, assim como a ameaça deve ser sensível, para adentrar no marco da criminalidade.

Como referido, atribui-se a Claus Roxin a moderna e atual sistematização do princípio da insignificância, também referido por Tiedmann como princípio da bagatela (Zaffaroni, 1981, p. 554), e a ele o autor empresta o sentido de princípio geral para a determinação do injusto e norma de interpretação restritiva do tipo penal como forma de acolher o princípio do *nullum crimen*, que guia o elemento da tipicidade na sua teoria funcionalista da ação.

Aliás, diga-se, hoje já pouco se discute sobre em qual dos elementos do crime subjaz a insignificância penal. Com efeito, apesar do caráter descritivo do tipo penal – eis que modelo de conduta proibida penalmente – a tipicidade não se conforma apenas com o juízo formal de adequação do fato à norma, mas reclama um conteúdo material que equivale à lesão ao bem jurídico tutelado. Carlos Mañas (2003, p. 149), tratando do conteúdo material da tipicidade penal diz:

O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao direito pena, por sua aceitação pela sociedade ou reduzido dano social, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo.

³ Welzel defende que as condutas que são socialmente adequadas não podem ser alcançadas pelo direito penal, ainda que previstas em lei como crime. Diz o autor que “se deve compreender também o caráter do injusto, sempre e somente através de uma referência às ordens morais da vida social. Ações que se movem dentro dos marcos das ordens sociais nunca estão compreendidas dentro dos “tipos de delito”, nem mesmo quando elas puderem se subsumir a um tipo penal; são as chamadas ações socialmente adequadas”.

Do mesmo modo, Felipe da Costa Lorenzi expõe que o princípio da insignificância não integra o tipo penal, porém funciona como “auxiliar interpretativo” para restringir análises literais que incluam no tipo penal condutas irrelevantes (2015, p. 218), figurando o princípio da insignificância, pois, como excludente de tipicidade das condutas.

Todavia, o princípio da insignificância possui origem bem mais remota, quase sempre apontando-se como sua gênese a figura do *minima non curat praetor* (Luz, 2012, p. 204) (ou *de minimis non curat praetor* ou, ainda, *minimis praetor non curat* (Dalbora, 1986, p. 58)), máxima própria do Direito Penal Romano que indicava que o pretor não se ocupava de coisas mínimas, de bagatelas.

Adverte-se, todavia, que o atual significado do princípio da insignificância é distante daquele que indicava a máxima romana, posto que esta se aplicava a todo o direito, referindo-se às fontes do direito, especialmente à lei, e não simplesmente ao ofício do julgador. “O que conheceram os juristas de Roma foi o qualitativo do mínimo e afirmaram sua consequente irrelevância para o direito, mas em um sentido geral [...]” (Dalbora, 1986, p. 58), enquanto o papel atual do princípio da insignificância é de caráter limitador especificamente da tipicidade penal.

4 A relação de continente e conteúdo entre a fragmentariedade e insignificância: a significância da lesão depois da significância do bem

Embora a proteção ao bem jurídico seja função atribuída ao direito penal, todos os outros ramos do direito também se ocupam dessa proteção, razão pela qual Luiz Régis Prado (2014, p. 178) observa que somente os bens mais valiosos e malferidos de forma mais intensa devem ser alcançados pelo direito penal, *in verbis*:

[...] só devem eles [os bens jurídicos] ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização. Desse modo, opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à agressividade e intensidade da ofensa.

Nota-se que no afã de afastar o caráter autoritário do *Jus puniendi* estatal e visando a atribuição de um caráter mais liberal ao direito penal, o traço diferenciador dos bens jurídicos que devem ser agasalhados pelo direito penal são sempre os mais importantes e que as lesões que se pretendem punições de caráter penal são sempre as mais intoleráveis, afastando do

âmbito criminal tanto as condutas que não afetem bens jurídicos de envergadura penal quanto as condutas que, recaindo sobre bens jurídicos penalmente relevantes, não os lesionem de forma insuportável.

Mais que isso, Muñoz Conde defende que a partir do caráter fragmentário do direito penal pode-se apontar três formas distintas de atuação das legislações penais atuais. A primeira delas é que em razão de seu caráter fragmentário o direito penal somente defenderia o bem jurídico contra ataques de especial gravidade, exigindo-se, ainda, determinada intenção, de modo a afastar a punibilidade de eventuais condutas imprudentes. De modo segundo, o direito penal somente tipificaria parte das condutas protegidas pelos demais ramos do ordenamento jurídico e, por fim, a característica de fragmentário do direito penal afastaria a punição de condutas meramente imorais (2010, p. 80).

Em que pese a ordem inversa trazida pelo autor, podemos dizer que o direito penal não se ocupa – e não deve se ocupar – de condutas meramente imorais; que dentro das condutas que são regulamentadas pelo ordenamento jurídico como um todo apenas parte delas devem ser reguladas pelo direito penal, deixando aos demais ramos a preocupação com a completude da regulamentação e, por fim, e de forma mais importante, mesmo dentro daqueles bens que foram pinçados para a proteção penal, somente se deve ocupar o direito penal daquelas agressões mais violentas.

O raciocínio segundo o qual há estreita ligação entre a fragmentariedade e o princípio da insignificância é defendido por Francisco de Assis Toledo, para o qual “[...] segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas” (1994, p. 133). Este princípio, portanto, está ligado à gradação quantitativa e qualitativa do injusto penal, de modo que uma vez não demonstrada a importância ou a extensão da lesão, deve ser afastada a incidência penal, recaindo sobre a conduta, eventualmente, sanções de caráter civil, administrativas etc (Toledo, 1994, p. 134).

Dessa ideia comunga também Carlos Vico Manãs, para o qual o princípio da insignificância tem por tarefa reduzir ao máximo o campo de aplicação do direito penal, servindo como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal e sua atuação confirma o caráter subsidiário e fragmentário desse ramo do direito, fazendo com que alcance apenas os valores sociais indiscutíveis (2003, p. 150).

Há de se atentar, contudo, que embora a aplicação do princípio da insignificância homenageie a característica da fragmentariedade do direito penal - derivada do princípio da

ultima ratio, limitadora, portanto, do *jus puniendi* estatal – uma de suas maiores diferenças reside no fato de que na verificação do caráter insignificante da lesão não repousa necessariamente na análise da dignidade, ou não, do bem jurídico tutelado, mas na extensão da lesão causada ao bem jurídico objeto de tutela penal. Dessa forma, mais do que a relevância do bem jurídico, verifica-se a extensão da lesão a este bem jurídico.

Assim é que Bitencourt, lembrando o fato de que a seleção e os critérios de seleção dos bens jurídicos que devem ser penalmente tutelados cabem ao legislador, diz que “[...] a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida” (2012, p. 60-61). Ao afirmar que é próprio do princípio da insignificância a aferição qualitativa e quantitativa do grau de lesividade ao bem jurídico penalmente protegido, Ivan Luiz da Silva endossa a ideia de que, mais do que a relevância do bem, o que importa para sua verificação é a extensão da lesão a este bem (2011, p. 101).

Como se percebe, tendo incidência o princípio da insignificância no caso concreto, após, portanto, da eleição do bem jurídico a ser protegido, podemos afirmar que dentro do continente daquilo que é significativo para o direito penal deve-se analisar a (in)significância da lesão, havendo clara relação de continente e conteúdo entre os princípios.

5 Considerações finais

O direito penal, em sua faceta liberal, deve garantir a limitação do *jus puniendi* estatal, sendo instrumento principal para a consecução de tal fim limitador a criação de um arcabouço de normas e princípios sob os quais deve ocorrer a aplicação do direito penal, ao que se pode indicar que a dogmática penal, com seus institutos mais ou menos estanques, servem exatamente a este propósito. Nesse sentido, a criação de tipos penais permite, como nenhum outro recurso, a limitação do direito de punir do Estado.

Todavia, se se pretende efetiva proteção contra o arbítrio do Estado, não se pode permitir a inclusão de todo e qualquer bem jurídico no âmbito de proteção penal. Dito de outra forma, ainda que se valha da dogmática penal e seus institutos, ainda que se lance mão da criação de tipos penais para limitação do poder de punir do Estado, ainda teremos real possibilidade de uso abusivo do direito sancionador para o controle social, razão pela qual somente se pode eleger como bem penalmente tutelado aqueles de maior envergadura, de maior valor ou mais

caros à sociedade, pelo que se diz que somente deve se proteger os bens mais caros e contra as ameaças ou violências mais intoleráveis, garantindo-se a fragmentariedade do direito penal.

Todavia, tal concepção de fragmentariedade – circunscrevendo ao âmbito do direito penal somente as ameaças e lesões mais intoleráveis – não se figura possível de verificação prática, pois que tal princípio ou característica tem incidência no momento da eleição do bem jurídico que exige proteção penal, de modo que somente é possível aferir a intensidade da ameaça ou lesão no caso concreto, quando então a significância da lesão deve ser aferida com base no princípio da insignificância e não mais no da fragmentariedade.

É fato indiscutível que o princípio da insignificância guarda estreita ligação com o princípio da fragmentariedade, posto que se reconhecida a insignificância da lesão ou ameaça da lesão ao bem jurídico a conduta recairá no mar do indiferente penal e estará novamente presente e a característica fragmentária do direito penal, todavia, guardam os institutos da fragmentariedade e da insignificância uma relação de continente e conteúdo, vez que somente se pode ter por insignificantes agressões a bens jurídicos que, sob o crivo da fragmentariedade, foram tidos por penalmente relevantes.

É forçoso concluir, portanto, que a análise da significância de determinada conduta passa por dois momentos distintos e sucessivos: o da significância do bem jurídico para o direito penal, ligado ao princípio da fragmentariedade, a da significância da extensão da lesão ou da ameaça ao bem jurídico anteriormente eleito, a cargo do princípio da insignificância, de modo que todo juízo de significância da lesão está contido, antes, em um juízo de merecimento de proteção penal daquele mesmo bem jurídico, enquanto que em todo juízo de importância de determinado bem jurídico para o âmbito penal estará contido futuro juízo de importância de eventual lesão ou ameaça de lesão àquele bem.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, vol. 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.

DALBORA, José Luis Gusmán. La insignificância: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 14. v. 4, 1986.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. **Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso**, ano 2. n. 3. 2007.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. v. 1. Barcelona: Bosch, 1981.

LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Revista Direito GV**. v. 15. São Paulo, 2012.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**: arts. 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.

MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou ilicitude? *In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELO, J. R. F. de. Toda vingança é contra o tempo: a contração do poder punitivo contra a irracionalidade da pena como alternativa à mudança civilizatória. **Duc In Altum - Cadernos de Direito**, Recife, v. 15, n. 36, 2023. Disponível em: <https://revistas.faculdaadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2725>. Acesso em: 23 mai. 2024.

MESTRES, Viviana. La legalidad del principio de insignificancia en el hurto. **Revista Científica Virtual – RECAMPI**.

MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral: introdução, história, lei penal, princípios e bem jurídico. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARAIVA, M. A. M. Mandados constitucionais de criminalização e criação judicial de crimes. **Duc In Altum - Cadernos de Direito**, Recife, v. 14, n. 34, 2024. Disponível em: <https://revistas.faculdaadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2635>. Acesso em: 22 mai. 2024.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. As duas faces de Franz von Liszt: o dualismo metodológico e as duas influências no direito penal moderno. **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre, v. 17, n. 71, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general: III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

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