

# DIREITO PENAL, DERROTABILIDADE E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA\*

José Eduardo Lourenço dos Santos<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO



Direito Penal, de acordo com a doutrina majoritária tem como função a proteção de bens jurídicos, visando a garantir a tranquilidade social. Seu instrumento, para tanto, são as leis e os princípios penais. A Constituição Federal se constitui na lei maior, a qual garante direitos, condicionando a validade das demais normas. O discurso racional deve existir no caso de conflitos entre princípios, por meio da ponderação, bem como no caso da violação de uma lei penal que não venha a prejudicar a vida em sociedade, casos em que pode ser utilizado o Princípio da Insignificância a fim de não de aplicar tal lei, sob a ótica da derrotabilidade. Esse constitui o objeto do enfrentamento proposto no presente artigo.

## 1. ASPECTOS GERAIS DO DIREITO PENAL

Sobre o Estado de Direito, Prado afirma que *é aquela*

---

\* Artigo originalmente publicado como capítulo no livro *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 429-442. Cesar Antonio Serbena (Org.).

<sup>1</sup> Possui Graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1988), Mestrado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2002) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR - 2013). Pós-doutorando pelo *Ius Gentium Conimbrigae*, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Séc. XX da Universidade de Coimbra (2015). Atualmente é professor do Centro Universitário Eurípides de Marília, Líder do Grupo de Pesquisa NODICO da mesma instituição e Delegado de Polícia no Estado de São Paulo.

*cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela dos direitos (1997, p. 60).*

O Direito Penal, como os outros ramos do direito, é legislado com a finalidade de manter a harmonia da vida em sociedade, a partir do momento em que o homem optou por tal forma de relacionamento com os outros homens. Logo, percebe-se que envolve a relação dos sujeitos entre si e destes com o Estado, fazendo parte do Direito Público.

Nessa mesma linha é o entendimento de Roxin:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-criminais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla (2006, p. 16-17).

Para tanto, trabalha o Direito Penal na proteção de bens jurídicos, mas não de qualquer bem jurídico, mas aqueles considerados importantes à vida social, e de tal forma recebe o reconhecimento do Direito, que os protege por meio de normas.

Sob o ponto de vista de Fragoso,

o bem jurídico não é apenas um esquema conceitual, visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito (1985, p. 277-78).

Por sua vez, Roxin define tais bens como circunstâncias

reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetos (2006, p. 18-19).

Em tal proteção, o instrumento de trabalho é a sanção penal, a ameaça de punição e sua efetividade no caso de sua violação. No entanto, essa sanção também atinge bens jurídicos do infrator, caráter retributivo, de forma que deve ser utilizada com o cuidado devido.

Garantir o livre desenvolvimento da personalidade humana e a vida em comunidade é o que se pretende com a tutela penal.

De uma forma geral se pode afirmar que *o direito penal é o conjunto de normas jurídicas que prevêm os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas* (Batista, 2002, p. 24). Trata-se de uma forma pela qual o Estado proíbe determinadas condutas, utilizando para tanto à ameaça de punição, mas envolve também o estudo da sanção penal, da lei penal e de sua proteção.

Ainda fazendo uso dos conhecimentos de Batista, pode-se dizer que

Uma conduta humana passa a ser chamada “ilícita” quando se opõe a uma norma jurídica ou indevidamente produz efeitos que a ela se opõem. A oposição lógica entre a conduta e a norma (cuja consideração analítica dá origem a um objeto de estudo chamado ilícito) estipula uma relação, de caráter deontológico – denominada relação de imputação -, que traz como segundo termo a sanção correspondente. Quando esta sanção é uma pena, espécie particularmente grave de sanção, o ilícito é chamado crime (2002, p. 43).

A sanção penal é o extremo para resolver uma questão social, assim como a guerra também é o extremo para resolver um desentendimento entre dois países, de forma que deve ser evitada sempre que possível.

Deve o direito penal se aproximar ao máximo da realidade social, daí seu caráter subsidiário.

## 2. A QUESTÃO DA DERROTABILIDADE.

O precursor da derrotabilidade foi Herbert Hart, para quem o direito não pode ser fechado na sua aplicação, devendo se verificar a existência de exceções (“a menos que”) que derrotariam a regra geral. Posteriormente ele concluiu que uma regra que possui a cláusula “a menos que” não deixa de ser uma regra.

Para Hart, ainda que preenchidos os requisitos “necessários e suficientes” da norma jurídica, os seus efeitos podem não ocorrer diante de uma exceção, a qual derrota a proposição do legislador. Isso ocorre muito na prática jurídica.

A idéia central da derrotabilidade se refere ao afastamento, não aplicação de uma norma jurídica, “em razão de um fato, interpretação ou circunstância com ele incompatível” (Vasconcellos, 2009, p.51), levando à aplicação de uma exceção.

Observa ainda Vasconcellos que *No instante em que se fala da aplicação do direito, da inteligência exercida pelos intérpretes, quando o texto deixa de ser apenas texto e passa a integrar o mundo das interpretações, daí se torna factível o discurso da derrotabilidade (2009, p.53).*

A questão do que é relevante ou não se coloca neste ponto. Nem sempre o legislador tem a condição de fixar a totalidade da relevância ou não de determinado comportamento, pois do contrário o juiz, em um caso concreto, estaria despido de sua discricionariedade, baseando-se em normas do sistema. Poderia falar-se em regra de clausura, a que impede qualquer apreciação do que é ou não irrelevante, sendo apenas relevante o que nela está contido.

No modelo hipotético-condicional, a norma jurídica

leva a idéia da que se A ocorrer, então existirá a consequência B (dever ser). Isto significa que, se determinado fato acontecer, já se tem a consequência jurídica para ele.

A doutrina entende que, se a consequência jurídica não se efetivar, a norma está sendo desatendida, perde eficácia, logo, não é aplicada (ao antecedente não correspondeu o consequente).

Diante de tal situação é que aparece a derrotabilidade. *Prime facie*, a norma jurídica é o ponto inicial para a aplicação do direito. *A interpretação prima facie, no entanto, apegada à literalidade textual e adstrita ao plano de justificação interna, pode não prevalecer após uma análise sistemática/pragmática do ordenamento jurídico (2009, p.55)*. A obrigação *prima facie*, se derrotada, não perde seu caráter prescritivo, devendo continuar a ser observada por todos. Pela derrotabilidade é a norma questionada em certas situações.

Pode-se trazer a exposição de Carrió, para um modelo não jurídico, onde se tem a aplicação da derrotabilidade. Tal autor trata do futebol e suas regras, a fim de demonstrar o que tem em comum com o Direito, usando a questão da lei da vantagem dada pelos árbitros, em alguns casos de infrações, sem desfigurar estas, afirmando que se trata de uma regra de segundo grau, dirigida aos árbitros, e representa neutralidade. Trata-se na realidade de uma regra de futebol que já o era antes de sua incorporação formal.

Ainda fazendo uso de citado autor, devemos verificar que, da mesma forma que a regra da vantagem, deve existir algo no Direito, como analogia funcional, ao que ele chame de “máximas”, das quais o Juiz, ao decidir, deve fazer uso, e as quais são inspiradas na ordem pública e de direito universal. É o poder de decisão discricionário do julgador.

Essas “máximas” possuem as mesmas características da regra da vantagem: são de segundo grau, dirigem-se ao juiz, para justificar suas decisões com relação a regras de primeiro

grau, além da característica de neutralidade. Elas cobrem lacunas das regras de primeiro grau, funcionando como uma direção a seguir (nenhuma regra pode ser totalmente taxativa).

A esses modelos se dá o nome de princípios jurídicos, sendo modelos de segundo grau que tratam de regras jurídicas de primeiro grau, daí seu caráter jurídico. Princípios jurídicos seriam regras de segundo grau (lei da vantagem), auxiliando a aplicação das regras de primeiro grau, constituindo-se também em regras de Justiça, de acordo com Carrió, sendo passíveis de ponderação.

Os princípios são diferentes das regras, e se encontram em um contexto que positivistas como Hart não podem aceitar, pois levam ao colapso de seu modelo de regras, o qual é uma visão distorcida da ordem jurídica, uma vez que representam exceção às normas.

Sobre o conceito de derrotabilidade, escreveu Serbena que se trata da *propriedade que os princípios possuem de, ao serem aplicados, derrotarem a aplicação de uma outra norma ou princípio (Elementos do raciocínio jurídico - Jornal Carta Forense)*.

Para a lógica derrotável, se ocorrer *A*, normalmente se terá *B*. Por exemplo, a aplicação de uma lei penal no caso de um crime de lesão corporal é certa, salvo se a conduta for legalmente permitida (legítima defesa), quando se está diante de uma exceção.

A princípio se pode afirmar que toda norma jurídica é passível de ser derrotada (em tese). Já com relação aos Princípios fica um pouco mais difícil tal colocação, pois não se pode definir antecipadamente quando um princípio prevalece sobre outro, por se tratarem de sobrenormas.

Nas palavras de Vasconcellos, “O grau de resistência da regra há de ser tanto superior quanto mais a tentativa de fazer justiça para um caso possa afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos” (2009, p.82). O contrário também vale,

o que demonstra que a derrotabilidade depende da aplicação geral das regras e do equilíbrio jurídico pretendido, sendo a resistência maior quando se exigir maior segurança jurídica.

Continuando com Vasconcellos,

A essência da derrotabilidade encontra-se no reconhecimento de que existem normas jurídicas, condicionais-hipotéticas, que tutelam e resguardam as condutas intersubjetivas, assegurando previsibilidade e segurança jurídica aos cidadãos. Estas previsões possuem, entretanto, um caráter *prima facie* que pode ser derrotado, no momento em que o texto deixa de ser apenas texto e passa a ser produto de interpretação. Como se viu, a idéia intuitiva de derrotabilidade reside no reconhecimento de que a norma jurídica pode possuir exceções (explícitas ou implícitas) não identificáveis de antemão. (2009, p.71).

A exceção deve ser geral e justificada, de forma que, ocorrida, integra a norma e por todos pode ser alegada em forma de igualdade de justiça universal. A coerência deve sempre ser buscada. Uma norma é aplicada quando se tem o fato previsto por ela mesma (sua hipótese).

É de se ressaltar que, ocorrendo a derrotabilidade da norma, ela não será necessariamente revogada.

Podem ser apresentados os seguintes argumentos para a derrotabilidade (Bayón, Rodrigues):

1. A interpretação de um enunciado jurídico pode alterar-se de acordo com o momento em que é feita;
2. Novos enunciados jurídicos podem apresentar exceções não antes possíveis;
3. O conteúdo conceitual de um enunciado jurídico deve levar em conta o contexto no qual se formulou;
4. A textura aberta da linguagem dos enunciados jurídicos leva a uma maior ou menor incerteza da aplicação;
5. O legislador pensa nos casos normais;
6. No uso primário dos conceitos jurídicos, não se podem determinar todas as condições necessárias e suficientes; o juiz tem discricionariedade no caso concreto;

7. Se um órgão jurisdicional baseia-se em uma norma moral, pode derrotar qualquer norma que acredite injusta;

8. A norma geral invocada para um caso individual deve ser adotada para todas as soluções iguais;

9. Sempre é possível que, diante de uma situação em que a obrigação é certa, ocorra uma particular exceção;

10. A informação sobre a realidade é sempre incompleta;

11. Uma reclamação feita com base em uma norma geral, pode ser derrotada por uma exceção que também esteja em uma disposição do sistema.

Resta importante ressaltar que, quando ocorrer a derrotabilidade, seu empregador deve motivar e fundamentar sua decisão de não aplicar determinada norma.

### 3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A DERROTABILIDADE

#### 3.1 ALGUNS PRINCÍPIOS BÁSICOS DO DIREITO PENAL: DA LEGALIDADE, DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA INSIGNIFICÂNCIA

Os princípios constitucionais relativos ao direito penal tendem todos a limitar a interferência penal, fixando-lhe fronteiras inderrogáveis, limitando a atividade penal do Estado no sentido de garantir a inviolabilidade do direito à liberdade e de outras garantias individuais. Constituem dogmas, postulados fundamentais, indeclináveis, que dão validade e auxiliam na compreensão de todas as normas positivas.

Citados princípios auxiliam na proteção de bens jurídicos e estão previstos de forma expressa ou implícita, no nosso caso, na Constituição Federal.

O primeiro e mais conhecido, talvez mais importante, de tais princípios é o da Legalidade, segundo o qual, para se



punir uma pessoa por determinado comportamento, deve este ser previamente previsto em lei como ilícito, com a respectiva sanção penal. Constitui ele a *chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo* (Batista, 2002, p. 65).

Continua Batista a afirmar que *O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire segurança jurídica* (2002, p. 67).

A esse postulado, e dentro do moderno direito penal, democrático, se liga o princípio da Intervenção Mínima, segundo o qual o Direito Penal deve atuar apenas quando não for possível aos outros ramos do Direito solucionarem o problema apresentado, sob pena de retirar a autonomia e liberdade do indivíduo. A ele se liga o princípio da fragmentariedade, a indicar que o Direito Penal deve se ocupar das situações realmente graves, que ameaçam a sociedade, colocando em risco a segurança e a liberdade individual.

Sobre esse princípio Conde e Arán escrevem que

La absoluta autonomía del Derecho penal en la configuración de sus efectos no quiere decir que éstos puedan ser empleados de cualquier modo, em sua calidad y cantidad, para proteger bienes jurídicos. Com el principio de intervención mínima se quiere decir que los bienes jurídicos no solo deben ser protegidos por el Derecho penal, sino también ante el Derecho penal. Es decir, si para el restablecimiento de Orden jurídico violado es suficiente com lãs medidas civiles o administrativas, son éstas que deben emplearse y no lãs penales (2007, p.77).

Tal caráter fragmentário do direito penal deve ser somado à sua natureza subsidiária, segundo a qual o direito penal deve ser a *ratio* extrema, um remedo último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade (ele constitui a *ultima ratio* - última opção).

Só se legitima a criminalização de um fato se ela

constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. O *Derecho penal solo se ocupa de una parte o fragento, si bien la de mayor importância* (Conde, Arán, 2007, p.77).

A restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária à sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social.

Utilizando as palavras de Prado, *esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente* (1997, p. 58).

A intervenção mínima se volta diretamente ao legislador.

Em complemento a esse princípio surge o princípio da Insignificância, observado a primeira vez por Claus Roxin, para o qual não se deve punir qualquer lesão a bem jurídico tutelado, mas sim ofensas de alguma gravidade, tendo em vista que o direito penal se constitui na forma mais violenta de atuação do direito, conforme já observado anteriormente.

A consideração da insignificância, ou como alguns autores costumam denominar, bagatela, se volta ao aplicador da lei, no caso o juiz, auxiliando-o a interpretar a lei escrita, a fim de evitar sua aplicação de forma cega, mecânica e injusta.

Pequenas lesões a bens jurídicos nem sempre indicam que a ordem social foi abalada, ou que tenha efetivamente ocorrido um prejuízo à vítima. Deve-se levar em conta não apenas o bem afetado, mas o grau de tal afetação. E justamente nesse sentido que surge a questão da atuação do princípio da insignificância, excluindo da atuação penal danos de pouca expressão ou importância.

Nesse sentido se posiciona Toledo:

A gradação qualitativa e quantitativa do injusto referida

inicialmente, permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado – se necessário – como ilícito civil, administrativo etc., quando assim o exigirem preceitos legais ou regulamentares extrapenais (2007, p.134).

Por sua vez, Dotti observa que *No primeiro caso é aplicada uma sanção extrapenal; no segundo caso, a ínfima afetação do bem jurídico dispensa qualquer tipo de punição* (2005, p. 68).

Sobre a extensão e abrangência da atuação da insignificância, afirma Bitencourt que

É imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado (2008, p. 210).

Concorda com tal entendimento Mañas quando verifica que

Outro fundamento do princípio da insignificância reside na idéia da proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que não subsiste qualquer razão para imposição da reprimenda. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato (1994, p. 58).

Para atuação do princípio da bagatela, deve-se partir do princípio de que o legislador define como crime determinado comportamento. No entanto, não realiza uma valoração do mínimo e do máximo dessa conduta, não determina a abrangência ou não de casos insignificantes, leves, de forma que deixa um vazio ao aplicador da lei, que deve verificar se efetivamente, em determinado caso concreto, deve o direito penal cumprir sua missão, a lei tem razão de aplicação, protegendo bens jurídicos e mantendo a paz social.

Nesse sentido podemos citar Mañas quando diz que

Assim, o desvalor do evento deve ser considerado de acordo com a importância dos vários bens jurídicos protegidos penalmente e da intensidade da ofensa ocorrida. O desvalor da ação, por sua vez, deve ser analisado segundo o grau de probabilidade da conduta para a realização do evento.

A concorrência de ambos os critérios torna a conduta evidentemente irrelevante para fins penais. Assim, não poderiam ser considerados como bagatela, por exemplo, um delito levemente culposo, mas de graves conseqüências, ou a tentativa de delito grave (1994, p. 61).

Por fim, Roxin diz que o princípio da insignificância

permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos penais: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa 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 a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser “sensível”, para adentrar no marco da criminalidade. Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país (2002, p. 47-48).

É isso que se propõe no próximo tópico, com o uso da bagatela e da derrotabilidade.

### 3.2 A DERROTABILIDADE E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Conforme já analisado anteriormente, pode-se afirmar que a derrotabilidade configura o fato de uma determinada lei não ser aplicada por força da atuação de um princípio, configurando uma forma de exceção, preenchendo lacunas.

Ao se verificar o princípio da Insignificância, e o que ele compreende, podemos afirmar que sempre que determinado comportamento se adequar a um modelo penal, no caso, a uma norma penal incriminadora (aquela que define crimes e impõe

sanções penais), ocorrendo uma ínfima ofensa ao bem jurídico, aí compreendida sua natureza e extensão da ofensa, pela atuação do princípio da bagatela, tal norma penal é derrotada, em virtude do que deixa de ser aplicada naquele caso concreto.

Vale lembrar que isso não significa na revogação dessa lei penal, mas sim na sua não aplicação a determinado caso. Excepcionalmente, se a injustiça da norma se mostrar indiscutível, ou mesmo que não existe necessidade da atuação penal quando presente aquela situação social, por questões de política criminal, pode ocorrer a revogação da lei, a exemplo do delito de adultério.

Alguns autores colocam o Princípio da Insignificância como uma forma de interpretação da lei penal, a exemplo de Mañas:

O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal (1994, p. 56).

Entendendo-se como forma de interpretação restritiva, isto quer dizer que a lei positivada, em sua forma escrita, disse mais do que sua real vontade, devendo, ao ser aplicada, ter restringida a sua abrangência. Envolve não somente a interpretação da lei penal, mas também da Constituição Federal, de acordo com este e seus propósitos.

A título de exemplo da derrotabilidade da lei penal pelo princípio da bagatela, poderíamos enumerar:

- casos de pequenas lesões (um simples arranhão), causado em um acidente de trânsito;
- posse de ínfima quantidade de substância entorpecente para consumo próprio (não poderia ser considerada autolesão?);
- cópia de uma mídia, CD ou DVD de música ou show, para utilização pessoal;

- pequenas ofensas contra a honra;
- perturbação ofensiva ao pudor (contravenção penal que pode restar configurada com palavras de cunho sexual, proferidas a uma pessoa);
- subtração de objetos de valor insignificante, ainda mais se a vítima for grande estabelecimento comercial (por exemplo, um batom, um perfume, uma fruta, etc.);

Os mais diversos tipos penais podem deixar de ser aplicados (derrotados), por força do princípio da Insignificância.

Escolhendo a honra, dentre os exemplos já citados, *os simples atentados a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuam a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico* (2006, p. 21). Ao que poderíamos acrescentar, sempre que a lesão produzida seja tão pequena, que deve ser desconsiderada por não apresentar importância jurídica e nem prejuízo para o ofendido.

Ainda fazendo uso de Mañas, *o princípio da insignificância nada mais é do que importante construção dogmática, com base em conclusões de ordem político-criminal, que procura solucionar situações de injustiça proveniente da falta de relação entre a conduta reprovada e a pena aplicável* (1994, p. 67). E continua citado autor escrevendo que

É necessário ir mais longe, conciliando a política criminal com a segurança jurídica que proporciona a claridade do sistema, evitando-se a arbitrariedade. Por isso, dando validade sistemática à conclusão político-criminal de que o direito penal não se deve ocupar de bagatelas, é possível considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade (1994, p. 79 – 80).

Quando a derrotabilidade de uma norma penal incriminadora é imposta pelo princípio da insignificância, nada mais está se fazendo do que atuar como exceção, interpretação, preenchendo um espaço deixado pelo legislador:

É nesse contexto que deve ser entendido o princípio da insignificância. É ele um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal (Mañas, 1994, p. 58).

Agindo dessa forma, o aplicador da lei, atuando dentro de sua discricionariedade, realizando interpretação, emprega o verdadeiro sentido do direito penal, evitando sua banalização e procurando sua atuação mais real e efetiva.

Com isso, a repetição de julgamentos no mesmo sentido tende a aumentar, criando-se jurisprudência que pode funcionar como forte aliada da derrotabilidade.

## CONCLUSÃO

De todo o enfrentamento proposto percebe-se que o Direito Penal tem função indispensável para a vida em sociedade, mantendo a harmonia social por meio da proteção de bens jurídicos.

No entanto não é qualquer ataque a bem tutelado penalmente que merece a reprimenda penal, conforme observado por Conde e Arán:

De todo lo dicho se deduce que el bien jurídico es un fundamento necesario de la intervención del Derecho pena em la regulación de la convivencia humana, pero no es por si solo critério suficiente para limitar el poder punitivo del Estado. La intervención del Derecho penal em la protección de bienes jurídicos depende además, como dice Hassemer (Hassemer/Muñoz Conde, Introducción, 1999, pp 65 ss.), del critério del merecimiento de pena, es decir, del juicio de si um comportamiento concreto que afecta a um determinado bien jurídico debe, por la gravedad del ataque, por la propia importância del bien jurídico, etc., ser sancionado penalmente (2007, p. 78).

A derrotabilidade se mostra um instrumento perfeito para uma correta aplicação do direito penal, como exceção ou interpretação, quer no que se refere à atuação do princípio da insignificância, como no estudo ora exposto, quer em outras questões criminais, como, a título de exemplo, o caso do aborto do feto anencéfalo, da busca (revista) pessoal feita pela polícia sem autorização judicial, da eutanásia (hoje homicídio privilegiado).

Utilizando-se do mecanismo da derrotabilidade, *o padrão de incidência automática e infalível demonstrou inconsistências, porque baseado em uma univocidade da mensagem legislativa, além de estar alheio às possíveis variações de contextos (Vasconcellos, 2009, p. 122).*

Percebe-se que não se exige uma atuação legislativa para afastar a atuação de determinada lei para a correta aplicação do direito penal, a qual não deve ser aplicada em certa situação, mas poderá ser muito bom para outros casos concretos.

Em tal sentido, complementa Prado: *A ciência do Direito Penal deve se empenhar na busca de diretivas (realistas e eficazes) – sobretudo diante de uma experiência legislativa pouco favorável – para uma racional concretização e individualização dos interesses merecedores de proteção (1997, p. 20).*

Portanto, de acordo com a importância do bem e a extensão da lesão sofrida, ou o prejuízo suportado e a repercussão no mundo jurídico, uma norma penal incriminadora pode restar derrotada pelo princípio da insignificância, para a maioria da doutrina tem ela sua tipicidade afastada. O direito penal não deve se ocupar de bagatelas, devendo existir segurança jurídica a fim de se coibirem exageros.

Citado princípio encontra sede constitucional, sendo que *a linha reguladora constitucional de ordem*



*hierárquicamente superior deve servir para impor contornos inequívocos ao direito de punir (1997, p. 74). Portanto, a ordem democrática e social, amparando direitos fundamentais, deve sempre prevalecer, e ferramentas para isso existem, mesmo que se precise ir contra o direito positivado.*



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAYÓN, Juan Carlos, RODRIGUEZ, Jorge. *Relevância normativa na justificação das decisões judiciais – O debate Bayón-Rodriguez sobre a derrotabilidade das normas jurídicas*. Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, volume 1: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARRIÓ, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo - Perot, 1970.
- CONDE, Francisco Muñoz, ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal, parte general*. 7. ed. Valencia: tirant do blanch libros, 2007.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*.

Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SERBENA, César Antonio. *Elementos do raciocínio jurídico*. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

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, 2007.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009.