

QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DA TIPICIDADE PENAL.  
LIMITES AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E APLICAÇÃO DA  
TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE.

AUTOR (PSEUDÔNIMO): CAPABLANCA

QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DA TIPICIDADE PENAL.  
LIMITES AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E APLICAÇÃO DA  
TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE.

AUTOR (PSEUDÔNIMO): CAPABLANCA

## 1- PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E TIPICIDADE PENAL. UMA ABSTRAÇÃO NECESSÁRIA À COMPREENSÃO DO SISTEMA PUNITIVO.

A concepção de Estado Democrático de Direito tem por um de seus pilares fundantes o princípio da legalidade, em clara demonstração de influência dos ideais iluministas libertários sob a perspectiva da imposição de limites ao exercício do poder estatal frente aos indivíduos submetidos ao *imperium*.

Nada obstante a maior atribuição de relevância do princípio da legalidade se dar à época do Estado moderno, Norberto Bobbio<sup>1</sup> identifica ser outra sua gênese histórica, afirmando tratar-se de algo tão antigo quanto as especulações sobre os princípios da política e sobre as diferentes formas de Governo, intimamente associado ao ideal grego da isonomia, isto é, da igualdade de todos perante as leis, louvando-se nas palavras de Eurípedes<sup>2</sup> e Cícero<sup>3</sup>.

Destarte, para a correta percepção do sentido complexo que irradia do princípio da legalidade no Estado moderno, é necessário atentar para o fato de que se trata, em verdade, de uma *tradução jurídica* de um propósito político: submeter os exercentes do poder em concreto – de governo - a um quadro normativo que embargue favoritismos, *perseguições* ou desmandos, garantindo que a atuação estatal nada mais seja do que a concretização da vontade geral, ex-

---

<sup>1</sup> Bobbio, Norberto. Dicionário de Política, 5ª Edição, Vol.2, pág.674.

<sup>2</sup> “Nada é mais inimigo da cidade do que um tirano, quando, em lugar de existirem leis gerais, um só homem tem poder, sendo ele mesmo e para si próprio o autor das leis e não existindo, assim, nenhuma igualdade”. In “*Suplicantes*”

<sup>3</sup> “Vós, pois, compreendeis que o papel do magistrado é governar e prescrever o que é justo, útil e de conformidade com as leis. Os magistrados estão acima do povo da mesma forma que as leis estão acima dos magistrados; podemos, com razão e propriedade, afirmar pois que os magistrados são a lei falante e as leis os magistrados mudos.” In “*De Legibus*”.

pressa na lei, conforme inteligência do art. 5º, II da CR\88 <sup>4</sup>.

É importante observar que a tendência predominante de alusão ao axioma da legalidade como princípio, deve-se a uma concepção hierárquica que reconhece maior importância ao princípio do que à regra. Todavia, não se pode olvidar que a natureza do princípio impõe incerteza e indeterminação ao conteúdo da norma, relegando larga margem de autonomia ao seu aplicador, de modo a possibilitar até mesmo, no processo de concretização das normas jurídicas, o surgimento de direitos e obrigações **não** constantes em lei.

Eis a razão, portanto, do doutrinador Marçal Justen Filho<sup>5</sup> atribuir o caráter de *regra* à legalidade, sem, contudo, negar a subsistência de sua condição de princípio.

Assim, a legalidade incide como *princípio* na previsão de que os direitos e obrigações serão produzidos por meio de lei (art.5, II CR\88); e como *regra* quando houver vedação à criação de direitos e deveres por meio diverso da lei, a exemplo do art.5º, XII da CR\88, onde consta que **somente lei** poderá dispor sobre as hipóteses e a forma de violação ao sigilo da correspondência e das comunicações.

Em face da pulsante preocupação dos estudiosos da matéria em esclarecer que o princípio-regra da legalidade se traduz numa garantia do indiví-

---

<sup>4</sup> Mello, Celso Antonio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 26º Edição, pág. 100

<sup>5</sup> Filho, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 4º Edição, pág.124.

duo, ao abrigá-lo de possíveis (prováveis) condutas arbitrárias e imprevisíveis dos manejadores da máquina estatal, ressaltando a importância de sua observância, não é difícil deduzir que na esfera penal a legalidade deva ser compreendida com rigor ainda maior, posto ser a expressão mais intensa de intervenção do estado sobre o particular, a ponto de suprimir-lhe o direito fundamental à liberdade (Artigos I,II e III da Declaração Universal dos Direitos Humanos).

Com base nestas premissas, somente se poderá cogitar em mobilização do sistema punitivo mediante a constatação da previsão em lei da conduta, tipicidade, entendida como requisito primeiro do ilícito penal, ou seja, a verificação da conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal.

Têm-se, portanto, que a tipicidade como indício de antijuridicidade é decorrência lógica do princípio da legalidade penal, e, por ser ato tendente à constrição de direito fundamental, **deve ser interpretado restritivamente**, resguardando-se, destarte, as garantias do indivíduo frente ao Leviatã.

Esta subsunção do fato da vida aos elementos descritos na lei penal, no plano das idéias, não encerra maiores dificuldades, todavia, em sua aplicação, o instituto jurídico se mostra tão imperfeito quanto seu idealizador/aplicador, na precisa medida de suas limitações, ínsitas à condição humana.

## 2- PROBLEMATIZANDO A TIPICIDADE PENAL.

O pré-claro Paulo Queiroz<sup>6</sup> tece perturbador comentário a respeito do fenômeno da tipicidade, esclarecendo tratar-se de um exercício hermenêutico, e como tal, sujeito a uma indissociável carga de subjetividade do exegeta, em

---

<sup>6</sup>Queiroz, Paulo. Direito Penal parte geral. 6ª Edição, pág.73\74.

manifesto **paradoxo ao princípio da legalidade penal**. Mister se faz transcrever a passagem:

*“Nietzsche escreveu: ‘minha sentença principal: não há nenhum fenômeno moral, mas, antes, apenas uma interpretação moral desses fenômenos. Essa interpretação é, ela própria de origem extramoral.’ E cabe parafraseá-lo: minha sentença principal: não há nenhum fenômeno jurídico – nem jurídico-penal – mas, antes, apenas uma interpretação jurídica – e jurídico-penal - desses fenômenos. Essa interpretação é, ela própria, de origem extrajurídica”.*

E arremata:

*“Parece certo também que, ordinariamente, por mais que tenhamos motivos, legais ou não, para condenar, condenamos porque queremos condenar e porque julgamos importante fazê-lo; inversamente: por mais que tenhamos motivos, legais ou não, para absolver, absolvemos porque queremos absolver e julgamos importante fazê-lo. Em síntese: sempre que condenamos ou absolvemos, fazemos porque queremos, de sorte que, nesse sentido, a condenação ou a absolvição, mais do que atos de verdade, são atos de vontade”.*

Além deste conflito (estrita legalidade penal X subjetividade do intérprete do tipo), é imperioso ressaltar que tipicidade penal não se confunde com tipicidade legal, esta é menos abrangente que aquela, que, por sua vez, compreende:

*“(a) a formal-objetiva (ou fática/legal ou lingüística), que envolve a conduta (mais o sujeito ativo dela, o sujeito passivo, o objeto material, seus pressupostos), o resultado naturalístico (nos crimes materiais), o nexo de causalidade (entre a conduta e o resultado naturalístico), as exigências temporais, espaciais, modo de execução da conduta etc., assim como a adequação do fato à letra da lei;*

*(b) a material (ou normativa), que exige três juízos valorativos distintos: 1º) juízo de desaprovação da conduta (criação ou incremento de riscos proibidos relevantes); 2º) juízo de desaprovação do resultado jurídico (ofensa desvaliosa ao bem jurídico ou desvalor do resultado, que significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) e 3º) juízo de imputação objetiva do resultado (o resultado deve ter conexão direta com o risco criado ou incrementado – “nexo de imputação”);*

*(c) a subjetiva (constatação do dolo e outros eventuais requisitos subjetivos especiais)<sup>7</sup>”.*

Nesta esteira, os juízos valorativos de que depende a tipificação penal, justo por atribuir uma fluidez à subsunção, acrescenta ainda maior carga subjetivismo ao fenômeno, fomentando o embate dialético face ao princípio-regra da reserva legal.

É de se notar ainda, que tais juízos valorativos decorrem da incidência dos princípios da intervenção mínima, (in)adequação social, ofensividade, propor-

---

<sup>7</sup> GOMES, Luiz Flávio. Tipicidade material e a tipicidade conglobante de Zaffaroni . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8450>>. Acesso em: 25 maio 2010.

cionalidade, culpabilidade, cominando na (in)significância penal, nos moldes que oportunamente se esclarecerá.

Hodiernamente, ganha força a teoria dos elementos negativos do tipo (incorporando ao tipo os elementos de justificação, que excluiriam a tipicidade), face ao advento do funcionalismo penal, compreendida a existência de um vínculo funcional entre tipicidade e antijuridicidade, sob uma perspectiva teleológica do direito penal caracterizada pela prevenção subsidiária dos comportamentos lesivos a bens jurídicos, através da simultânea vedação expressa da conduta e inexistência de cláusula que a autorize dentro ordem jurídica<sup>8</sup>. Extrai-se, portanto, que a compreensão da tipicidade foi expandida, tornando-se cada vez menos rígida.

A leitura feita do paradoxo exposto torna forçoso assentar uma primeira premissa: **a fluidez e carga subjetiva na subsunção do fato penal à norma criminal é limitada pelo dique do texto da lei criminal, sendo defeso a utilização de interpretações flexíveis para incriminar**, haja vista o espírito do princípio-regra da legalidade ser vocacionado à proteção dos direitos fundamentais do indivíduo frente ao Estado-punição. Impõe-se a interpretação restritiva na criminalização da conduta.

O que sói ocorrer, é que a tipificação gramatical da codificação, na parte especial do CP, foi construída de forma excessivamente gravosa, conforme nos informa o próprio diploma legal, que prevê em sua parte geral circunstâncias que aniquilam o delito, havendo outras tantas erigidas pela doutrina e



---

<sup>8</sup>Queiroz, Paulo. Direito Penal parte geral. 6ª Edição, pág.182\184.

jurisprudência, (eis a necessidade da expansão do conceito de tipicidade), de modo que a **tipicidade traça uma segunda barreira à incriminação do fato, sendo a primeira fincada pela legalidade estrita, ou taxatividade do ilícito.**

No entanto, a discussão do paradoxo não se dissolve, posto que, se uma vez superada a barreira da estrita legalidade, a interpretação da tipicidade penal restará à deriva no mar de subjetivismo do intérprete. Insinua-se, pois, que uma interpretação menos abrangente dos princípios penais que compõem o “juízo de valor”, pode ferir o rol de garantias do imputado, já que possível uma outra interpretação do mesmo fato (mais elástica), em face dos mesmos princípios, que, em última análise, já estaria integrada ao seu patrimônio jurídico, em razão da limitação do princípio da legalidade (proveniente, como dito, do tronco da igualdade).

Extrai-se, de logo, a segunda premissa: o paradoxo legalidade X tipicidade penal subsiste, fragilizando a igualdade de tratamento e a tal segurança jurídica pretendida, quando do necessário ato interpretativo.

À vista da tormentosa questão da tipicidade penal no plano teórico, é óbvia a conclusão que conturbada será sua aplicação pelos tribunais.

Neste sentido, mister se faz a investigação dos posicionamentos jurisdicionais que apresentam tendência à consolidação de matérias como insignificância penal e aplicação da teoria da tipicidade conglobante.

### 3- LIMITAÇÕES À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

### 3.1- Conceituação.

Por insignificância, segundo Guilherme de Souza Nucci<sup>9</sup>, sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como *ultima ratio*, no sistema punitivo, não se deve ocupar de bagatelas.

A sistematização do princípio da insignificância coube a Claus Roxin<sup>10</sup>, partindo do brocardo latino “*minima non curat praetor*”. Por meio da bagatela, conforme ensina Paulo Queiroz<sup>11</sup>:

*“O juiz, à vista da desproporção entre a ação (crime) e a reação (castigo), fará um juízo (inevitavelmente valorativo) sobre a tipicidade material quanto a condutas que, embora formalmente típicas, não o sejam do ponto de vista material, dada a sua irrelevância”.*

O mesmo autor, louvando-se em Vico Mañas<sup>12</sup>, acrescenta que:

*“Trata-se, como diz Vico Mañas, de um instrumento de interpretação restritiva, fundada na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem fazer periclitar a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, apesar de formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal”.*

---

<sup>9</sup> Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 3ª Edição, pág.217.

<sup>10</sup> Claus Roxin, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1972, p.53

<sup>11</sup> Queiroz, Paulo. Direito Penal parte geral.. 6ª Edição, pág.60.

<sup>12</sup>Vico Mañas, O Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal.

Coomprendido pois, em sua natureza, resta esclarecer acerca dos efeitos jurídicos decorrentes de sua aplicação

Ora, se a tipicidade penal exige uma *ofensa de alguma gravidade* aos bens jurídicos (juízo valorativo material), a conduta ao ser alcunhada de insignificante, na medida em que a ofensa ao bem jurídico tutelado seja bagatelar ou nenhuma, redundará na exclusão da tipicidade do caso penal.

Nesta esteira, o princípio da insignificância tem sido vastamente aplicado, conforme julgado infra:

**“TIPO DE PROCESSO:** *Apelação Crime*

**NÚMERO:** *70035210913 Decisão: Acórdão*

**RELATOR:** *Amilton Bueno de Carvalho*

**EMENTA:** *DIREITO PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Lesão de cerca de um quinto do mísero salário-mínimo nacional não justifica a movimentação de uma máquina cara, cansativa, abarrotada e cruel, como o Judiciário. Cuida-se de valor que dispensa a insurgência punitiva - ultima ratio da interferência controladora estatal. Desatendido o princípio da ofensividade, resta afastada a tipicidade da conduta delitiva. Negaram provimento ao apelo. Unânime....*

**DATA DE JULGAMENTO:** *14/04/2010*

**PUBLICAÇÃO:** *Diário de Justiça do dia 21/05/2010”*

3.2- Limitações impostas pelos tribunais à aplicação do Princípio da Insignificância.

3.2.1- A “reincidência” em fato insignificante. Contradição em termos.

Firme nas conceituações necessárias para o enfrentamento das questões controvertidas acerca da tipicidade penal pontua-se uma primeira problemática, a chamada reincidência em fato insignificante como limite à aplicação do princípio da insignificância, conforme julgado do STF, *in verbis*:

**“HC 97772 / RS - RIO GRANDE DO SUL**

**HABEAS CORPUS**

**Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA**

**Julgamento: 03/11/2009 Órgão Julgador:Primeira Turma.**

**PACTE.(S) : GERALDINO LEITE GONÇALVES**

**IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

**COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE FURTO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. REINCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.**

*1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. 3. Para a incidência do princípio da insignificância, - tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação,*

*o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 4. No caso dos autos, em que o delito foi praticado com a invasão do domicílio da vítima, não é de se desconhecer o alto grau de reprovabilidade do comportamento do Paciente. 5. A reincidência, apesar de tratar-se de critério subjetivo, remete a critério objetivo e deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância, já que não está sujeita a interpretações doutrinárias e jurisprudenciais ou a análises discricionárias. O criminoso reincidente apresenta comportamento reprovável, e sua conduta deve ser considerada materialmente típica. 6. Ordem denegada”.*

A Ministra da Corte Constitucional sustenta em seu voto a inaplicabilidade do princípio da insignificância no caso *sub iudice* (que versa sobre tentativa de furto de bens avaliados em R\$ 143,00), sob a alegação de que o réu estaria incorrendo em reincidência, por já haver sido condenado criminalmente por um delito anterior (arts.63 e 64 do CP).

Prontamente, dispara-se uma primeira crítica de caráter estritamente dogmático: Ora, a insignificância afasta a tipicidade, logo, se bagatelar o fato, crime não haverá, de sorte que não será lícito falar-se em reincidência uma vez que a segunda conduta é atípica. Há, portanto uma contradição em termos, e, com efeito, produção de uma decisão teratológica.

No mesmo sentido, Paulo Queiroz arremata esclarecendo tratar-se o princípio da insignificância de um problema acerca da tipicidade, e não de individualização da pena, podendo sim ser reconhecido independentemente da existência de maus antecedentes<sup>13</sup>.

---

<http://pauloqueiroz.net/principio-da-insignificancia-e-maus-antecedentes>.

Nesta perspectiva, entendemos ser inválida a fundamentação da decisão.

Noutro giro, impõe-se uma segunda crítica, mesmo ante à evidente intransponibilidade da primeira: a avaliação de caráter subjetivo do acusado (antecedentes criminais), no momento da análise da tipificação penal (juízo valorativo sobre a (in)significância) fere os postulados do **direito penal do fato**, e a vedação do **direito penal do autor**, conforme assegura o princípio da proteção dos bens jurídicos.<sup>14</sup>

Há de se asseverar que o ordenamento jurídico somente admitide o direito penal do fato, é dizer, o sujeito deve responder pelo que fez e não pelo que é, respeitando-se o direito fundamental à dignidade (art. 1º, III da CR\88), sendo flagrantemente inconstitucional a produção\aplicação do direito penal do Autor.

Não é outro o ensinamento de Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli<sup>15</sup>:

*“Um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação”.*

---

<sup>14</sup> Dotti, René Ariel, Princípios fundamentais do direito penal brasileiro

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1, p.107

Isto posto, por qualquer ângulo que se analise a “reincidência” para fins de limite à aplicação do princípio da insignificância, conclui-se pela sua inadequação.

### 3.2.2- A imposição de requisitos para a aplicação do princípio da insignificância.

O STF vem firmando entendimento de que a aplicação do princípio da insignificância estaria adstrito ao cumprimento de quatro requisitos, como se denota no julgado supra, e também, *exempli gratia*, no HC n.º102.088-pela inaplicabilidade e HC n.º 91.920- pela aplicabilidade já que preenchidos os requisitos, ambos julgados em 2010.

As decisões citadas lastreiam-se em precedentes do próprio pretório excelso, e repetem sempre a mesma fundamentação constante nos itens **1** e **2** da ementa supra-transcrita, que, *data venia*, não faz mais que dizer o óbvio, pois explica ao avesso a insignificância concluindo pela “*necessidade de uma análise materialmente valorativa*” no sentido de se verificar a existência de lesão grave e relevante (significativa...) ao bem jurídico tutelado. É dizer, o ilícito não será insignificante quando significante for. Pura tautologia.

Já que vazia a fundamentação, os quatro requisitos erigidos, fatalmente, sucumbirão. Enfrentemo-os, então:

*“Devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato - tais como a (1º) mínima ofensividade da conduta do agente, (2º) a ausência de periculosidade social da ação, (3º) o reduzido grau de*

*reprovabilidade do comportamento e (4º) a inexpressividade da lesão jurídica causada”.*

De início, mister demonstrar o quão vazios os requisitos 2º e 3º, posto que relegados quase que em absoluto à subjetividade, em descompasso com o princípio da legalidade, já cuidadosamente traçado no exórdio deste artigo. Periculosidade social? Reprovabilidade do comportamento? Mister citar, novamente, a autoridade de Nietzsche:

*”Minha sentença principal: não há nenhum fenômeno moral, mas, antes, apenas uma interpretação moral desses fenômenos. Essa interpretação é, ela própria de origem extramoral”.*

No que tange aos requisitos 1º e 4º (que na verdade são apenas um), este(s) sim aproxima(m)-se do melhor caminho a ser trilhado na *vexata* controvérsia.

Para o dimensionamento do princípio da insignificância, há de se perquirir, inicialmente **qual o bem jurídico tutelado pelo tipo penal sob apreço**, e posteriormente, analisando as circunstâncias do **caso concreto** (análise materialmente valorativa) determinar sua incidência ou não, *a priori*, por meio do princípio penal da lesividade, expresso nos “requisitos” 1º e 4º.

Após tal verificação, é necessário se imbricar<sup>16</sup>, pôr em tensão, a insignificância com outros princípios penais (tais como: intervenção mínima e proporcionalidade da pena) para se elucidar qual o princípio com peso maior se



---

<sup>16</sup> Àvila, Humberto. Teoria dos princípios. 9ª edição. Pág 51 e seguintes

sobreporá ao outro, seguindo-se, neste ponto, a linha proposta por Dworkin<sup>17</sup>.

A intervenção mínima sopesará face a insignificância na medida em que o direito penal deve ser considerado com último e ineficiente recurso a ser utilizado, ponderando valores de política criminal.

É dizer, mesmo que num primeiro juízo valorativo (carregado de subjetivismo) pareça haver lesão relevante ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal infligido (gramaticalmente falando), há de se medir a proporcionalidade (adequação; necessidade; proporção *stricto sensu*) daquela *significação* face a intervenção-retribuição punitiva estatal, na perspectiva de seu dano social decorrente, somado às conhecidas mazelas do cárcere.

A superação de tais princípios, portanto, é requisito para a não aplicação da insignificância, devendo a significação penal ser tão intensamente valorada a ponto de se fazer prevalecer sobre a intervenção mínima e a proporcionalidade da retribuição, para, somente aí, se prosseguir na análise da tipificação penal.

Assim, não existem requisitos para aplicação da insignificância, mas sim para a sua inaplicação, é dizer, a insignificância sim é requisito à tipicidade.

---

<sup>17</sup> Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, citado por Àvila, Humberto. Teoria dos princípios.

#### 4- A TORMENTOSA APLICAÇÃO DA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE.

A teoria da tipicidade conglobante sustenta que o juízo de tipicidade exige, além da tipicidade legal, a tipicidade conglobante, que consiste na averiguação do alcance proibitivo da norma, ou antinormatividade (que não se confunde com antijuridicidade, na medida que a atipicidade conglobante não surge em função de permissões que a ordem jurídica resignadamente concede, e sim em razão de *mandatos* ou *fomentos* normativos ou de *indiferença* -por insignificância - da lei penal).<sup>18</sup>

Na definição irretocável de Zaffaroni<sup>19</sup>, “A *tipicidade conglobante é a sede da conflitividade*”.

Extraí-se daí, que a teoria sob apreço nada mais é que um desdobramento do postulado hermeneutico da interpretação sistemática do direito, expresso no brocardo: “quando se aplica uma norma, em verdade, está a se aplicar todo o ordenamento”.

Ainda é minguada a aplicação da teoria conglobante pelos tribunais pátrios, sem embargo, é imperiosa a análise de dois casos emblemáticos, para elucidar o quão tormentosa tem sido esta utilização:

---

<sup>18</sup> Queiroz, Paulo. Direito Penal parte geral.. 6º Edição, pág.185\186.

<sup>19</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2001, p. 461 e ss.

“HC 8864-GO (2007/0187687-4).

**EMENTA:ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM 13 ANOS E 11 MESES DE IDADE. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO, INCLUINDO O ECA. MENOR A PARTIR DOS 12 ANOS PODE SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO IDÔNEO PARA DESCONSTITUIR SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E, POIS, DO ESTUPRO. ORDEM CONCEDIDA.**

*1. Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência.2. Habeas corpus em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória.3. Ordem concedida.*

*Vencido em parte o Sr. Ministro Relator. Votaram com o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves. Brasília, 23 de junho de 2009 (Data do Julgamento) MINISTRO CELSO LIMONGI. Relator (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP).”*

No caso *sub iudice*, o colegiado desconstituiu a tipicidade penal do crime de estupro de vulnerável (atual art. 217-A do CP), em que se presume a violência para a caracterização do estupro do menor de 14 anos, ao verificar que a vontade do maior de 12 anos é penalmente validada pelo ECA para fins de medidas socioeducativas.

Assim, incongruente a presunção absoluta da violência, já que juridicamente possível a válida vontade da menor em consentir com o ato, o que demanda a demonstração do constrangimento mediante violência ou grave ameaça para a tipificação do estupro no caso.

Eis, então, presente, e magistralmente aplicada, a teoria conglobante, já que a atipicidade foi decorrente da antinormatividade da conduta, ante à presença de mandato ou fomento normativo (ECA) que flexiona a tipicidade gramatical da lei (especificamente, em relação à presunção absoluta de violência).

Segue-se ao segundo caso emblemático:

*“REsp 1060971 / RS*

*RECURSO ESPECIAL*

*2008/0114688-3 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão*

*Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 16/09/2008 Data da*

*Publicação/Fonte DJe 03/11/2008 Ementa*

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.*

*I - No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo(ninharia) e pequeno valor. Este, ex vi legis, implica eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na **atipia conglobante** (dada a mínima gravidade).II*

*- A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto. III - In casu, trata-se de furto de um facão, duas facas, duas folhas de facão, dois freios para cavalo com cordas, uma manivela com pua, um*

*par de sapatos do tipo botina, uma jaqueta e duas toalhas, avaliados, conjuntamente, em R\$ 87,00 (oitenta e sete reais), o que afasta, assim, a aplicação do princípio da insignificância.*

*Recurso especial provido”.*

O enfoque dado neste julgado à teoria conglobante o opõe ao princípio da insignificância, na medida em que existe a figura legal do *pequeno valor* (parágrafo segundo do art.155 do CP). Nada mais equivocado.

A decisão viola o princípio da legalidade posto que a tipicidade conglobante situa-se no segundo nível da tipicidade penal, e deve necessariamente ser antecedida pela tipicidade legal (formulação gramatical do tipo, de *interpretação restritiva* por força da incidência do princípio da taxatividade da norma incriminadora), sendo defesa a utilização da segunda para elastecer a primeira, uma vez que esta se quer poderá ser cogitada se não for superada a primeira barreira da tipicidade legal.

Ademais, a insignificância tem *status* normativo de princípio, não podendo ser limitada por mera oposição de regra legal, como já oportunamente exposto, muito menos por uma “*normatividade*” (oposto de *antinormatividade*) da conduta. Isso seria o mesmo que, desavisadamente, se equalizar princípios e regras, preferindo estas sobre aquelas sob a alegação simplória de sua expressa previsão.

O bem jurídico é eleito pelo legislador, mas sua valoração no caso concreto, para fins de aplicação do princípio da insignificância, é prerrogativa do intérprete, não sendo viável o argumento de que o CP no art. 155 afastou o

**princípio** da bagatela de coisa de *pequeno valor*, de modo que é plenamente possível (e necessária) a aplicação da insignificância no furto de pequeno valor.

## 5. BIBLIOGRAFIA.

Bobbio, Norberto. Dicionário de Política, 5º Edição, Vol.2

Mello, Celso Antonio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 26º Edição

Filho, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 4º Edição

Queiroz, Paulo. Direito Penal parte geral. 6º Edição

**Paulo Queiroz:** <http://pauloqueiroz.net> URL: <http://pauloqueiroz.net/principio-da-insignificancia-e-maus-antecedentes>

GOMES, Luiz Flávio. Tipicidade material e a tipicidade conglobante de Zaffaroni

. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8450>>. Acesso em: 25 maio 2010

Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 3º Edição

Claus Roxin, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1972

Vico Mañas, O Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal

Dotti, René Ariel, Princípios fundamentais do direito penal brasileiro

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1, p.107

Àvila, Humberto. Teoria dos princípios. 9ª edição. Pág 51 e seguintes

Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, citado por Àvila, Humberto. Teoria dos princípios

## 6-ÍNDICE

6.

ÍNDICE.....

.....24