

A FUNÇÃO CRIADORA DA SENTENÇA CRIMINAL

SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo e Professor de Direito Penal em Araraquara (SP)

1. Introdução — 2. Objeções históricas — 3. Limites da criatividade — 4. A criação na justiça penal — 5. Jogo do bicho — 6. Lesão entre cônjuges — 7. Crime de bagatela.

“Embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito” (Jeremy Bentham).

1. Introdução

Toda decisão, toda sentença, em sentido amplo, configura uma criação judicial. Mesmo os adeptos da teoria segundo a qual uma sentença constitui mero silogismo lógico,¹ podem admitir a existência de uma ponta de criatividade em todo julgamento. Isso porque o Direito Positivo, por mais amplo que seja, não consegue abranger todos os fatos submetidos à apreciação do juiz.

Além disso, a lei nem sempre comporta interpretação única, incontroversa. E o ajuste do fato à lei pode distanciar-se da adequação perfeita imaginada pelo legislador.

Toda lei é feita para seu tempo e para ser aplicada em situação de normalidade; com o transcurso do tempo e o surgimento de alguma anormalidade, a interpretação da norma legal pode afastar-se dos parâmetros convencion-

nais.² Surge, então, o fenômeno da criação judicial.³

Mario Oderigo lembra que a criação judicial do Direito é necessária porque as leis que o juiz diariamente aplica contêm inevitavelmente o mínimo de injustiça, feitas que foram para a generalidade, não se ajustando, por inteiro, ao particular, o que o legislador sabe e desconta, ao redigi-las.⁴

2. Expressão utilizada por Cândido Rangel Dinamarco em palestra proferida na Faculdade de Direito de Araraquara-SP, em 24.9.93.

3. Ao tratar da criatividade da função jurisdicional, assim se expressou Mauro Cappelletti: “Com terminologia um pouco envelhecida, trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito. A questão, conquanto antiga e infinitas vezes debatida, exibe viva atualidade parece evidenciado, além das repetidas alusões, no nosso e em outros países, de uma “função supletiva” dos juizes, pelo fato de sua escolha como tema central de discussão no recente congresso que reuniu, na Austrália, algumas centenas de juizes das cortes supremas e de apelação de numerosas dezenas de países de todos os continentes”. (*Juizes Legisladores?*, trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Fabris Editor, P. Alegre, 1993, p. 13).

4. Citado por Ricardo Antunes Andreucci na obra *Direito Penal e Criação Judicial*, RT, 1989, p. 63.

1. Premissa maior, a lei; premissa menor, o fato; conclusão, a decisão contida na sentença.

2. Objeções históricas

A maior oposição à atividade criadora do juiz registrou-se no período do Iluminismo. Beccaria não admitia sequer a interpretação da lei pelo julgador: "Nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode caber aos juizes criminais, pela própria razão de não serem legisladores".⁵

Este posicionamento pode ser explicado pela necessidade de reação aos abusos praticados pelos juizes na época da Inquisição, como se nota facilmente na leitura do famoso livro de Cesare Bonesana:

"O espírito da lei seria, pois, o resultado de uma boa ou má lógica do juiz, de uma fácil ou malfeita digestão; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com o ofendido, e de todas aquelas pequeninas forças que mudam as aparências de cada objeto no espírito instável do homem. Vemos, pois, a sorte de um cidadão mudar freqüentes vezes na passagem que faz por diversos tribunais, e a vida dos miseráveis ser vítima dos falsos raciocínios ou da atual efervescência dos humores de um juiz que toma por legítima interpretação o vago dos resultados de toda aquela série confusa de noções que lhe move a mente".⁶

Quase dois séculos atrás Jeremy Bentham lutava pela codificação do direito inglês, na qual vislumbrava instrumento para lhe assegurar maior grau de certeza. E apontava os vícios do direito criado pela jurisprudência: a sua incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na verificação. Segundo Cappelletti,

5. *Dos Delitos e das Penas*, trad. de Marcilio Teixeira, Ed. Rio, 1979, p. 40. Para Beccaria, "não existe coisa mais perigosa do que aquele axioma comum que é preciso consultar o espírito da lei. Seria um dique rompido ante a torrente de opiniões".

6. Ob. cit., p. 41-42.

"Bentham, na verdade, era consciente de que nem mesmo a completa codificação teria eliminado inteiramente do caminho o direito judiciário. Mas o que ele nunca talvez poderia prever foi que, paradoxalmente, justamente na época que se lhe seguiu, e especialmente no Século XX, o próprio fenômeno da impressionante expansão do direito legislativo — ocorrido tanto nos países de *Common Law* quanto nos de *Civil Law* — constituiu uma das principais causas do ulterior fenômeno da geral, e não menos impressionante, expansão no mundo moderno também do direito judiciário, ou "jurisprudencial" e, assim, do papel criativo dos juizes".⁷

As objeções dos iluministas, preocupados com as arbitrariedades dos inquisidores, e as críticas daqueles que se opunham ao obscuro sistema consuetudinário inglês, estão hoje totalmente ultrapassadas, diante das transformações registradas em todo o mundo a partir das revoluções liberais do Século XVIII. Poucos seriam os doutrinadores de hoje dispostos a defender a famosa frase de Montesquieu ("O juiz é apenas a boca que pronuncia as palavras da lei").

3. Limites da criatividade

A criação judicial deve atender aos legítimos anseios sociais, ao respeito aos direitos humanos e ao próprio interesse da Justiça. Caso contrário, não será Justiça. Por isso, as inovações na interpretação do Direito Positivo não devem causar temor ou desconfiança. Se o juiz dá ao caso que lhe foi submetido a julgamento a melhor decisão, esta será uma "decisão justa", ainda que afastada da interpretação literal da norma legal.

O temor de que tal prática poderia provocar insegurança deve ser contestado com a revolta causada por uma

7. Ob. cit., p. 18.

decisão perfeitamente adequada à lei mas contrária aos interesses individuais e sociais.

Há décadas que Noé Azevedo advertia: “Mais vale a garantia pessoal representada por magistrados capazes de usar de um certo arbítrio em benefício tanto do indivíduo como da sociedade, do que a garantia legal estratificada na rigidez das normas, com as quais o mau juiz poderá vergastar os seus desafetos, transformando fatos inocentes, capciosamente interpretados, em crimes severamente punidos”.⁸

Depois de esclarecer que não existe oposição entre os conceitos de interpretação e criação do direito (“na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade”), Cappelletti chama a atenção para o verdadeiro problema a ser enfrentado: o grau de criatividade, os modos, os limites e a aceitabilidade da criação do direito pelos juízes e tribunais. E adverte que tal atividade não deve ser confundida com a afirmação de “total liberdade” do intérprete:

“Discrecionariade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais. Quanto aos limites processuais, entendo sejam de tal modo essenciais a ponto de envolver a própria natureza do processo judiciário. (...) No que concerne aos limites substanciais, esses, longe de ser o elemento *sine qua non* da atividade jurisdicional, variam profundamente de época para época e de sociedade para sociedade, e

até no âmbito da mesma época e sociedade. Incluem, vez por outra, opiniões de jurisconsultos, ordenanças de monarcas, decisões de assembléias, leis de parlamentos, códigos etc”.⁹

4. A criação na justiça penal

No âmbito criminal — objeto de nosso estudo — os limites à criação judicial devem ser fixados com maior rigor, diante da gravidade das sanções e da importância dos bens jurídicos tutelados.

Pode-se afirmar que a regra constitucional do *devido processo legal* configura o limite básico da criatividade, em termos processuais. A inovação será aceitável se não violar direitos da acusação ou da defesa, tanto na produção de provas como na argumentação.¹⁰

Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “a regulamentação das formas processuais, longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para

9. Ob. cit., p. 23-24.

10. Para Cândido Rangel Dinamarco, “a tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional. No campo do processo civil, vê-se a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional; no do penal, o da ampla defesa, sendo rigorosamente indispensável a celebração do processo, como condição para a imposição da pena (*nulla poena sine iudicio*); todo processo há de ser feito em contraditório, respeitada a igualdade entre as partes perante o juiz natural e observadas as garantias inerentes à cláusula *due process of law*”. (*A Instrumentalidade do Processo*, 3.ª ed., 1993, p. 25).

8. *As Garantias da Liberdade Individual em Face das Novas Tendências Penais*, S. Paulo, 1936, p. 239.

alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir". E concluem: "O que deve ser combatido, nessa matéria, é o excessivo formalismo, que sacrifica o objetivo de realização da justiça em favor de solenidades estéreis e sem nenhum sentido".¹¹

Já na esfera do direito material, o princípio da reserva legal deve delimitar com todo o rigor a criatividade judicial. "A sua natureza — afirma Ricardo Antunes Andreucci, ao comentar a legalidade penal — influenciando na dogmática e na aplicação do Direito, apresenta cunho substancial, e não meramente formal, determinando consequências em seriação, além de, como preceito geral, servir de guia básico para interpretação, pelo menos no aspecto limitativo".¹²

Com tais limites, impostos pela Constituição e pela legislação ordinária, o espaço livre para a criação judicial é dos mais estritos, como convém ao Estado de Direito, que impede a violação das garantias individuais e coletivas.

Em consequência do princípio da legalidade, rejeita-se o emprego da analogia *in malam partem*, a retroação da norma incriminadora ou da lei nova *in pejus*, a tipicidade vaga e incerta, e o acolhimento do costume *praeter* ou *contra legem*.

O mesmo não acontece no emprego da analogia *in bonam partem*, não obstante as objeções de Nuvolone.¹³ Além disso, como registra Andreucci, "o *nullum crimen nulla poena sine lege* opera com as limitações decorrentes da própria atividade legiferante, a qual deixa espaços, voluntária ou involuntariamente,

para a atuação do juiz, com papel criador".¹⁴

Tais limitações, portanto, longe de impedir a criação judicial impõem ao julgador um cuidado redobrado, a fim de que a criatividade seja adequada à melhor realização da Justiça e não se transforme em instrumento de arbítrio e de violação das garantias instituídas pela Constituição Federal.

Na segunda parte deste trabalho focalizaremos a orientação da jurisprudência brasileira em face do jogo do bicho, das lesões entre cônjuges e dos crimes de bagatela, para demonstrar a ocorrência prática da criação judicial.

5. Jogo do bicho

No início dos anos 80 surgiu no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo entendimento favorável à impunidade dos acusados pela contravenção penal denominada "jogo do bicho" (art. 58 do Dec.-lei 6.259/44). Num autêntico exercício de criação judicial, os magistrados consideravam que a infração não merecia mais a reprovação social, diante da exploração, pelo Estado, de várias modalidades de loteria.

"Apesar de ser contravenção penal por definição legal — diz acórdão relatado pelo Juiz José Pacheco — o "jogo do bicho", como o futebol, empolga e fascina o brasileiro. A lei penal que o pune vai, por isso, dia-a-dia perdendo sua eficácia e poucos são os que se animam a aplicá-la, notadamente após a criação da loteria esportiva e do jogo conhecido por loto".¹⁵

14. Acrescenta Ricardo Antunes Andreucci que "merece destaque que tal agir, cobrindo os vazios dos tipos abertos, dos crimes culposos e comissivos por omissão, efetivamente conclui por estabelecer o conteúdo destas normas, incriminadoras, ocas, a partir mesmo da demarcação de um dever, até prelegal, não cumprido pelo réu" (ob. cit., pp. 81-82).

15. RT 591/358; 6.ª C. do TACrim-SP, v.u., j. 4.10.83.

11. *As Nulidades no Processo Penal*, 1992, p. 15.

12. *Direito Penal e Criação Judicial*, Ed. RT, 1989, p. 12.

13. Pietro Nuvolone, *Il Sistema del Diritto Penale*, Padua, 1975, pp. 116-117.

Para o Juiz Nélson Schiesari, “num país onde proliferam loterias, a contravenção do “jogo do bicho” caiu no *demodê*”¹⁶; já o Juiz Raul Motta, além da inexistência de reprovabilidade social, considera que a punição mostra-se inconveniente, “mesmo porque tal prática constitui, hoje, considerável mercado de trabalho à disposição de mão-de-obra não especializada.”¹⁷ Outros argumentos indicados em decisões do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: não é mais possível punir a contravenção apenas porque o jogo não é explorado ou taxado pelo Estado;¹⁸ configuração de erro de fato porque o agente supõe tratar-se de atividade lícita.¹⁹

O Juiz Dante Busana chegou a protestar contra a repressão limitada aos pequenos colaboradores do jogo: “A Polícia desincumbe-se da repressão ao “jogo do bicho” prendendo aposentados, velhos e deficientes físicos, portadores de uns poucos cruzeiros e algumas apostas. A abelha-rainha não é tocada e as abelhas operárias, que caem, são logo substituídas. Se assim há de ser, se faltam os meios ou a vontade para a verdadeira repressão do jogo, é de exigir-se que as diligências contra os pequenos sejam minuciosas e a prova escoimada de dúvidas.”²⁰

Na doutrina, Antonio José Sady sustentou a revogação tácita da norma contravencional, a teor do art. 2.º, § 1.º, da LICC: “A revogação tácita não se encontra apenas no texto das leis, mas

principalmente no espírito delas, como ensina Paulo de Lacerda, posto que o legislador não buscou especificamente a revogação da lei, mas isto resulta de um ato seu, pelo fato de obrar de maneira inconciliável com a vontade de manter a vigência do seu mandamento anterior.”²¹

Posicionamento contrário não demorou a surgir, merecendo realce artigo do Des. Geraldo Amaral Arruda sustentando que “não ocorre a hipótese de absolvição contra previsão legal, ainda que a pretexto de seu desuso”. Para ele, o juiz deve julgar não só segundo a lei, mas também com justiça. E, para julgar também com justiça, pode libertar-se das estreitezas da Dogmática e avançar na interpretação construtiva da lei, visando à sua integração e ajustamento à consciência jurídica. Mas tal atividade não pode, evidentemente, ser arbitrária, nem chegar ao abuso da interpretação *contra-legem*. O art. 386 do CPP não prevê a possibilidade de o juiz proferir sentença absolutória com desprezo frontal à previsão legal em vigor.²²

A jurisprudência, aos poucos, mudou sua orientação, voltando a considerar o “jogo do bicho” uma contravenção punível. Acórdão relatado pelo Juiz Silva Pinto assinala que: “O argumento de que a infração estaria derogada pelos costumes do povo e também porque o Governo aprova e explora várias modalidades de loterias, *data venia*, não tem as mínimas condições de vingar. Na

16. RT 601/348; 4.ª C. do TACrim-SP, v.u., j. 21.11.84.

17. RT 606/334; 5.ª C. do TACrim-SP, v.u., j. 3.12.85.

18. RT 621/334; 5.ª C., j. 26.5.87, rel. Juiz Marrey Neto.

19. RT 609/350; 12.ª C., j. 15.4.85, rel. Juiz Emeric Levai. Outras decisões favoráveis à impunidade do infrator desta contravenção: RT 579/330; 606/338.

20. JTACrim-SP, 77/286.

21. Aduz ainda que “a conformidade com a Ciência e o espírito de justiça leva a concluir que a legislação que criou os jogos oficiais — jogos de azar, todos eles — suprimiu o fundamento moral que deu vida à regra incriminadora. Esta passou a colidir com o princípio geral, decorrente da restante legislação, de que o jogo é atividade lícita, adequada à sociedade e conforme os padrões morais vigentes, tanto que o Estado o explora, com farta publicidade” (RT 646/388).

22. RT 606/281.

verdade qualquer lei sempre terá vigor e deverá ser respeitada e aplicada até que surja outra que a modifique ou a revogue. O costume, máxime quando contrário à moralidade pública, não pode derogar ou revogar a legislação". O aresto chegou a sugerir que as ponderações favoráveis à impunidade fossem endereçadas aos legisladores e não ao aplicador da lei.²³

O Juiz Dante Busana, não obstante as objeções apresentadas anteriormente, concluiu que "não pode o juiz negar tipicidade ao fato que o Direito Penal considera contravenção sob o fundamento de que a conduta apenada não contrasta com o sistema axiológico e os padrões culturais da sociedade brasileira. Ao Poder Legislativo — não ao Judiciário — cabe descriminalizar as condutas que, eventualmente, deixem de representar um desvalor. Enquanto não o fizer, permanece a ilicitude formal e material do comportamento".²⁴

O tema propiciou a formulação de críticas aos outros Poderes, como se lê no aresto relatado pelo Juiz Haroldo Luz: "O "jogo do bicho" ainda constitui contravenção penal, não sendo dado ao Poder Judiciário, a pretexto de exercitar critérios de duvidosa política criminal, colidentes com a proibição do enriquecimento ilícito, desobedecer à lei que os outros Poderes não têm a coragem de modificar ou têm a ousadia de afrontar".²⁵

23. RT 608/342; 8.ª C. do TACrim-SP, j. 20.3.86.

24. RT 611/359; 3.ª C. do TACrim-SP, j. 1.7.86.

25. RT 640/306 — 2.ª C. do TACrim-SP, j. 23.2.89. No mesmo sentido, proclamando ainda que "o Judiciário não pode recusar obediência à lei, revogando-a, sem competência constitucional, a pretexto de haver ela perdido seu supedâneo ético ou conteúdo jurídico", v. acórdão publicado na *RJDTACRIM*, 5/68 (rel. Juiz Walter Tintori).

"As práticas lotéricas — sustenta o Juiz Corrêa de Moraes — não são intrinsecamente contrárias aos bons costumes. A reprovabilidade do "jogo do bicho" dimana do fato de que é realizado não apenas à margem da lei, mas em acintoso e persistente antagonismo aos editos restritivos; portanto a existência de loterias oficiais não tem o condão de afastar a tipicidade da referida contravenção".²⁶

Esta é, hoje, a posição dominante na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar recurso especial interposto pelo Ministério Público contra decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, reconheceu que "o jogo do bicho" configura contravenção punível, porque se trata de atividade clandestina, proibida e não fiscalizada.²⁷

Podemos acrescentar que o "jogo do bicho", em si mesmo, não tem a característica anti-social de outrora, mas está intimamente ligado a outras atividades ilícitas de alta gravidade, como o tráfico de entorpecentes, o contrabando e a exploração do lenocínio. Por isso, a tolerância ou a impunidade dessa infração contravencional pode facilitar a prática de delitos altamente prejudiciais à sociedade.

Além disso, são constantes as batallas travadas entre quadrilhas de "bicheiros", especialmente nos grandes centros urbanos, motivadas pela disputa do domínio exclusivo dos pontos mais lucrativos. Não são poucas as mortes

26. *RJDTACRIM* 10/127, 7.ª C. do TACrim-SP, j. 22.11.90. Outros julgados reconhecendo a tipicidade da infração contravencional: RT 596/367; 601/336; 603/357; 613/346; 649/296; 656/315; *RJDTACRIM*, 3/102 e 5/67. Na doutrina, o artigo "O jogo do bicho e seus apologistas", de Osvaldo da Silva Rico, in *RJDTACRIM*, 1/16.

27. *RJDTACRIM* 9/286; Rec. Esp. 4.151-SP, 5.ª T. do STJ, rel. Min. Assis Toledo, j. 3.9.90.

violentas que esses combates provocam, muitas vezes vitimando pessoas desvinculadas da criminalidade.

6. Lesão entre cônjuges

São freqüentes os processos por lesão corporal praticada pelo marido ou companheiro, contra a esposa ou companheira e vice-versa. Crises conjugais aliadas a problemas financeiros ou domésticos acabam motivando as agressões entre cônjuges, mas, não raras vezes, no momento do julgamento, o casal já está reconciliado. Surge, então, para o juiz, um verdadeiro dilema: uma condenação pode desencadear nova crise conjugal; e a absolvição não encontra fundamento nas hipóteses do art. 386 do CPP.

A solução tem sido a absolvição por insuficiência de provas, não obstante a plena comprovação do delito e da autoria. Muitos julgados, entretanto, enfrentam a questão e, num evidente exercício de criação judicial, absolvem o acusado por *interesse social*, como se vê em acórdão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "Tratando-se de mero incidente doméstico, do qual resultaram levíssimos ferimentos na vítima, aconselha o interesse social a absolvição do acusado, pois mais convém a harmonia do casal do que uma decisão que poderia acarretar sua separação".²⁸

Outro acórdão do mesmo Tribunal chega a recomendar a solução absolutória como forma de assegurar a estabilidade da família: "Em inúmeros casos tem o Poder Judiciário reconhecido ser aconselhável a absolvição do acusado

que pratica pequenas agressões contra o cônjuge, ante a verificação de que o casal se reconciliou e de que a pequenez do agravo físico deve ceder perante o bom convívio familiar".²⁹

O posicionamento da jurisprudência se modifica no caso de registro de agressões anteriores ou se o fato teve intensa repercussão social.³⁰⁻³¹

Helena Fragozo discorda da solução adotada pela Justiça, reclamando uma definição legal para tais situações: "A questão jurídica que aqui se apresenta é delicada. É sabido que o MP raramente inicia ação penal em casos de briga entre marido e mulher, violando o princípio da obrigatoriedade, atendendo, no entanto, sem dúvida, a uma conveniência social. A ação penal em tais casos está fadada ao insucesso. Por outro lado, a autoridade policial raramente instaura inquérito em situações dessa natureza. A ilegalidade desse procedimento, todavia, é manifesta. (...) Nosso direito vigente não oferece solução para os casos em que a ação penal é anti-social, desatendendo aos interesses da justiça penal. Essa solução tem de ser buscada fora da lei; seja através da inércia da autoridade policial, seja pelo arquivamento do inquérito, seja pela absolvição "por falta

29. RT 538/360, rel. Juiz Tomaz Rodrigues.

30. RT 550/313, rel. Juiz Gonçalves Sobrinho. No mesmo sentido este acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: "Em tema de agressão de marido à mulher é recomendável prudência ao julgador na aplicação da lei, mas, se a agressão, sem qualquer justificativa, é reiterada, não pode permanecer impune" (RT 567/362, rel. Des. Tycho Brahe).

31. Acórdão do Tribunal de Alçada do extinto Estado da Guanabara reconheceu a excludente do exercício regular de direito na agressão praticada pelo marido contra a mulher em razão da recusa desta à conjunção carnal, alegando cansaço (RT 461/444, rel. Juiz Luciano Belém). Em sentido contrário, RT 569/325; TACrim-SP, rel. Juiz Silva Franco.

28. O enunciado do acórdão é o seguinte: "Lesão corporal de natureza leve — Agressão a companheira de longos anos — Fato devido a embriaguez — Casal que vive harmoniosamente e possui filhos — Absolvição mantida — Inteligência do art. 129 do CP" (RT 524/405, rel. Juiz Gonçalves Sobrinho).

de provas". (...) A solução, de *lege ferenda*, está em estabelecer temperamentos ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, se não se quiser adotar o princípio da oportunidade".³²

Uma proposta para solucionar vários casos de agressões entre cônjuges, sem sequer provocar a instauração do processo, consiste em incluir o crime de lesão corporal leve entre os delitos de ação penal pública condicionada à representação, em futura reforma dos Códigos Penal e de Processo Penal. Enquanto isso, só resta à justiça o caminho sugerido pela jurisprudência: a absolvição para garantir a harmonia conjugal.

7. Crime de bagatela

A questão do crime de bagatela está ligada ao chamado Princípio da Insignificância, formulado por Claus Roxin como complemento à Teoria da Adequação Social, introduzida no Direito Penal por Hans Welzel.

Segundo Welzel, o tipo delitivo é um modelo de conduta reprovável. Não pode, por isso, alcançar condutas socialmente aceitas e adequadas. O fato é, portanto, atípico, e não se confunde com uma excludente de ilicitude, como bem demonstra Francisco de Assis Toledo:

"A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito da normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica".³³

O mesmo autor faz uma comparação no crime de lesão corporal: a legítima defesa deve ser demonstrada em juízo, ou pelo menos no inquérito policial, sujeitando o agente aos ônus e dissabo-

res do processo. Já a lesão causada numa competição esportiva, dentro dos padrões da normalidade e das regras do jogo, é conduta socialmente aceita. Não existe tipicidade material; dispensa-se a demonstração processual. "A *adequação social* exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos *normalmente permitidos*, isto é, materialmente *atípicos*". E conclui com observação de Mir Puig: "Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto".³⁴

Por considerar insuficiente tal teoria, Claus Roxin propôs, então, a introdução, no Direito Penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria como regra auxiliar de interpretação, para excluir os danos de pouca importância do âmbito da repressão penal. Trata-se do Princípio da Insignificância, assim resumido por Francisco de Assis Toledo: "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".³⁵

34. "Introducción a las bases del derecho penal", Barcelona, Bosch, 1976, p. 154, citado por Francisco de Assis Toledo, na obra acima referida.

35. Ob. cit., p. 133. Segundo Francisco de A. Toledo, são os seguintes os casos mais frequentes de aplicação do Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro: 1. Dano (art. 163) — não deve ser qualquer lesão a bem alheio, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; 2. Descaminho (art. 334, § 1.º, d) — não se configura com a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; 3. Peculato (art. 312) — não está dirigido a apropriação de ninharias; 4. Crimes contra a honra (arts. 138 a 140) — devem restringir-se a fatos que realmente possam afetar a dignidade, a reputação e a honra. (p. 134).

32. *Jurisprudência Criminal*, Forense, v. 1, 4.ª ed., 1982, p. 348.

33. *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 4.ª ed., 1991, pp. 131-132.

Crime de bagatela, portanto, é o de ínfima consequência lesiva, sem repercussão à harmonia social.³⁶

Não há, no Código Penal ou no Código de Processo Penal, regra disciplinadora do Princípio da Insignificância. A absolvição ou a punição reduzida, pela configuração de infração de bagatela, por isso, deve ser decidida em cada caso pelo magistrado, num autêntico exercício de criação judicial.

A doutrina, ao mesmo tempo em que formulou o princípio, tratou de estabelecer critérios para o reconhecimento do crime de bagatela. Carlo Enrico Paliero sugere três requisitos fundamentais para orientação do juiz:

1. escassez do dano social;
2. desvalor da ação penal;
3. desvalor da culpabilidade perante o fato.³⁷

Segundo Odone Sanguiné, o *leading case* de reconhecimento de crime de bagatela, no Brasil, está no RHC 66.869-1-PR, do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Min. Aldir Passarinho, cuja ementa é a seguinte: "Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos — e a outra prova não seria possível fazer-se tempos depois — há de impedir-se que se instaure ação penal, que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as varas criminais, geralmente tão oneradas".³⁸ O

acórdão, de 1988, demonstra a timidez do Tribunal ao enfrentar a questão, confundindo o Princípio da Insignificância com o excessivo volume de processos nas varas criminais.³⁹

Já o Superior Tribunal de Justiça, em processo de competência originária, reconheceu a configuração de crime de bagatela em lesão corporal culposa de ínfima consequência lesiva, por acidente de trânsito: "Incolumidade física da vítima quase não atingida (pequena solução de continuidade da pele na região anterior do joelho esquerdo). Hipótese, em última análise, de caracterização de crime de bagatela, de repercussão praticamente nenhuma à harmonia social". A absolvição do acusado, entretanto, foi fundamentada no art. 386, VI, do CPP (insuficiência de prova).⁴⁰

No Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, acórdão relativo a lesão corporal culposa, por acidente de trânsito, apreciou os três requisitos propostos por Carlo Enrico Paliero e considerou não configurado o desvalor da culpabilidade, pois a acusada provocou a colisão por desrespeito à sinalização de preferência de passagem, comportamento *socialmente perigoso*.⁴¹

Em outra decisão, o TACrimSP absolveu o acusado de lesão corporal dolosa, considerada infração de bagatela

significância está na idéia de *proporcionalidade* de 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 nenhuma razão para o *pathos* ético da pena. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato".

39. RHC 66.869-1-PR, 2.^a T. do STF, v.u., j. 6.12.88, in *DJU* de 28.4.89, p. 6.295, rel. Min. Aldir Passarinho.

40. A. pen. 13-RS — Corte especial — rel. Min. Athos Carneiro — j. 13.12.90 — *DJU* de 18.3.91 — RT 670/328.

41. RT 664/285, rel. Juiz Haroldo Luz.

36. Segundo o Grande Dicionário Etimológico e Prosódico da Língua Portuguesa, de Silveira Bueno, a palavra *bagatela* é originária do italiano (*bagatelle*) e significa coisa de pouco valor, de pequena importância, insignificante, ninharia.

37. Citado pelo Juiz Haroldo Luz em acórdão publicado na RT 664/287.

38. Observações sobre o "Princípio da Insignificância", em *Fascículos de Ciências Penais*, P. Alegre, v. 3/47, 1990. Segundo Sanguiné, "o fundamento do princípio da in-

la: "Lesão de pequeníssima monta pode afastar a tipicidade pelo Princípio da Insignificância".⁴²

Em conclusão, pode-se afirmar que não existem tipos penais de bagatela — fato que significaria descumprir a lei — mas sim infrações que, por suas circunstâncias próprias, evidenciam uma ínfima consequência lesiva. No caso da lesão corporal, não é o delito definido na lei penal que a caracteriza como infração de bagatela. O Princípio da Insignificância exige uma análise profunda do desvalor do dano, da ação penal e da culpabilidade em cada processo, de forma a estabelecer a irrelevância do fato para o Direito Penal.

Tais infrações, com certeza, passarão para a competência dos juizados de pequenas causas, assim que a lei regulamentar o disposto no art. 98, I, da Constituição Federal (infração de menor potencial ofensivo).

Bibliografia

ANDREUCCI, Ricardo Antunes; *Direito Penal e Criação Judicial*, Ed. RT, 1989.

AZEVEDO, Noé; *As Garantias da Liberdade Individual em Face das Novas Tendências Penais*, S. Paulo, 1936.

42. Julgados do TACrim, 75/307, cf. Celso e Roberto Delmanto, *Código Penal Comentado*, Renovar, 3.ª ed., 1991, p. 220.

BECCARIA, Marquês de (Cesare Bonesana); *Dos Delitos e das Penas*, trad. de Marcílio Teixeira, Ed. Rio, 1979.

CAPPELLETTI, Mauro; *Juízes Legisladores?*, trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Fabris Editor, P. Alegre, 1993.

DELMANTO, Celso e Roberto; *Código Penal Comentado*, Renovar, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel; *A Instrumentalidade do Processo*, 1993.

FERNANDES, Antonio Scarance e outros; *As Nulidades no Processo Penal*, 1992.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; *Jurisprudência Criminal*, Forense, 1982.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães e outros; *As Nulidades no Processo Penal*, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros; *As Nulidades no Processo Penal*, 1992.

NUVOLONE, Pietro; *Il Sistema del Diritto Penale*, Padua, 1975.

SOUZA, José Guilherme de; *A Criação Judicial do Direito*, Fabris Editor, P. Alegre, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis; *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 1991.

Revistas de Jurisprudência:

Revista dos Tribunais (RT)

Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de S. Paulo (JTA Crim-SP)

Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de S. Paulo (RJDTACRIM-SP)