

ESCRITOS EM HOMENAGEM A
ALBERTO SILVA FRANCO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais,
2003.

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 85-203-2321-9

1. Direito penal 2. Franco, Alberto Silva.

03-0201

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito penal 343

CDU-343



2788

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

cional de 1988 deixa clara a necessidade constante de aprofundamento do debate em torno das suas implicações e, mais especialmente, sublinha a importância do papel dos estudiosos e operadores do direito comprometidos com os valores humanistas nessa discussão.

A *presunção de inocência* constitui, em primeiro lugar, um *princípio* do ordenamento, indicando uma orientação ideológica que deve presidir todas as atividades estatais relacionadas à persecução penal, tanto a legislativa como a administrativa e, sobretudo, a judicial.

Trata-se, além disso, de um daqueles preceitos que a doutrina constitucional denomina *princípio-garantia*, pois visa a instituir, direta e imediatamente, regras jurídicas de proteção da posição do indivíduo na sociedade (*garantias*), estabelecendo, em contrapartida, limites que não podem ser transpostos pela atuação estatal.

Entre as *garantias* que decorrem diretamente da positivização da *presunção de inocência* é possível desde logo constatar: a) garantia de *jurisdicionalidade*, em virtude da qual a verificação da culpa criminal somente pode ser alcançada mediante um processo regular; o *devido processo legal*; b) garantia de não intervenção do *ius puniendi*, salvo quando a culpa do acusado esteja comprovada pela acusação acima de qualquer dúvida razoável; c) garantia conferida a qualquer pessoa contra a auto-incriminação; d) garantia de tratamento do acusado como inocente, até o trânsito em julgado de sentença condenatória; e) garantia de preservação da liberdade do acusado durante o processo, salvo diante de situações excepcionais e devidamente justificadas, em que eventual restrição da liberdade só pode ocorrer em face de exigências processuais, para assegurar a realização ou os resultados do próprio processo.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: EXCLUDENTE DA TIPCIDADE OU DA ILICITUDE?

CARLOS VICO MAÑAS

1. Introdução

Qual a razão de artigo sobre o tema neste livro em homenagem a Alberto Silva Franco? Creio que vale a explicação.

No início da década de 90 tive a oportunidade de conhecê-lo pessoalmente. Até então, havia apenas a admiração pelo combativo e inovador juiz, sua iniciativa e de outros colegas, fundava-se o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e, coincidentemente, preparava-me para defender, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dissertação sobre o Princípio da Insignificância. Grande foi a minha surpresa ao vê-lo presente no dia da arguição, até porque, naquele momento, ainda eram tênues os laços que nos uniam. Depois, pude verificar ser esta outra de suas marcas: o desinteresse pelo estímulo a todo jovem com preocupações científicas na área criminal. A postura do verdadeiro mestre, embora, formalmente, nunca tenha integrado a academia. Azar desta.

Pois bem, o trabalho foi publicado com título de *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. Alberto tinha (ou tem?) opinião distinta sobre a natureza jurídica do instituto, considerando-o excludente da ilicitude e, assim, o tratava na obra "Código Penal e sua interpretação Jurisprudencial". Nas edições seguintes, no entanto, passou a abordá-lo nos comentários ao art. 1.º do CP, afirmando-o excludente da tipicidade, com grande destaque à minha opinião a respeito. Nunca me paestímulo e amizade que ele, suponho, não seja capaz de imaginar o que significou. É o jeito Alberto de ser, tão caro a todos aqueles que têm o privilégio de com ele conviver.

Por tudo isso, aí vai a reafirmação de que, a meu ver, a insignificância da conduta exclui a tipicidade e não a ilicitude. Sem nenhuma pretensão de convencer o Alberto do contrário, sobretudo porque, passados dez anos, à conclusão de que tal discordância meramente dogmática não tem a menor significância.

2. Ilicitude

É consagrado na doutrina, com pequenas variações, que a ilicitude corresponde à contrariedade entre o fato e o Direito.

Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo ressalta que "um fato humano — qualquer que seja — será ilícito sempre que se apresente em oposição à ordem jurídica, estabelecendo com esta uma relação de contraposição. E isso ocorre tanto com o 'fazer' o proibido pelo ordenamento jurídico quanto com o 'não fazer' o que está determinado por esse mesmo ordenamento. A ilicitude penal é, assim, a propriedade de certos comportamentos humanos, seja sob a forma de ação, seja sob a forma de omissão, de se oporem à ordem jurídica".¹

Na mesma linha, Luiz Regis Prado salienta que "o elemento conceitual do delito, ilicitude ou antijuridicidade — expressões consideradas aqui como sinônimas —, exprime a relação de contrariedade de um fato com todo o ordenamento jurídico (uno e indivisível), com o Direito positivo em seu conjunto. Enquanto a subsunção de um fato concreto ao tipo legal, isto é, o juízo de tipicidade, tem um caráter positivo, o juízo de ilicitude, decorrente da verificação da operatividade de uma norma permissiva, evidencia um aspecto negativo".²

Helene Cláudio Fragoso, de seu lado, afirma que a "antijuridicidade é a relação contraditória entre o fato típico e a norma". Acrescenta que "antijurídica é a conduta típica contrária ao direito. Antijuridicidade é juízo de desvalor (ou juízo negativo de valor) que recai sobre a conduta típica, tendo em vista as exigências do ordenamento jurídico. Diz-se antijurídica a conduta juridicamente considerada um desvalor da vida social".³

(1) Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 161.

(2) Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, São Paulo: RT 1999, p. 201.
(3) Helene Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal. A nova Parte Geral*, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 187.

Longe de esgotar o assunto, estes são apenas alguns exemplos encontrados na doutrina nacional, fundados em elaborações estranhas, a revelar que a noção de ilicitude ou antijuridicidade está sempre relacionada à ideia central de contrariedade ao Direito.

Também é comum a distinção entre ilicitude formal (desobediência à norma) e ilicitude material (lesão ao bem jurídico tutelado por essa norma). No entanto, a doutrina parece entender superada tal contraposição, pois, como afirma Betiol, "só é antijurídico aquele fato que possa ser reputado lesivo a um bem jurídico. Fora disso, a antijuridicidade não existe".⁴

Da mesma forma, está assentado o entendimento de que a ilicitude penal não se esgota no campo do direito penal, projetando-se, ao contrário, para todo o direito. Por tal razão, Welzel define a ilicitude como sendo "a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico como um todo".⁵ Daí decore que um fato ilícito penal será sempre ilícito em outras áreas do direito (civil, administrativo, etc.). Por outro lado, ausente a tipicidade, não haverá ilicitude penal. Veja-se, por exemplo, a figura do dano culposo. Certamente, ilícito civil não constitui ilícito penal, por não estar tipificado como crime em nossa legislação.

Resumindo e ratificando, analisada sob qualquer ângulo, verifica-se que a ilicitude, elemento conceitual do delito, exprime sempre a relação de contrariedade de um fato com o ordenamento jurídico. Presente na esfera penal, igualmente o estará em outros ramos do direito. Ausente na área criminal, não significa que não se verifique em outras esferas.

3. Tipicidade

A expressão "tipo" tem o significado de "modelo", "esquema". É de larga utilização em todas as áreas do conhecimento humano, servindo para separar e agrupar em classes objetos particulares que apresentem algo em comum.

O direito penal, por sua vez, seguindo-se a clássica expressão de Sauer, trabalha com tipos penais e pensa por meio de tipos.⁶ Com efeito, a parte especial do Código Penal e a legislação complementar ou especial apresen-

(4) Giuseppe Betiol, *Diritto penale*, Padova: Cedam, 1969, p. 292.

(5) Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, p. 51.

(6) Wilhelm Sauer, *Derecho penal*, Trad. Juan del Rosal e José Cerezo, Barcelona: Bosch, 1956, p. 114.

tam o rol de fatos típicos penais, isto é, os tipos de crime. Na parte geral, são encontrados os tipos permissivos. A própria causalidade entre a ação e o resultado não deixa de ser, no campo penal, uma causalidade típica, que, ou limitada com a de natureza meramente física, pode revelar-se ampliada ou limitada pelo tipo legal.

O termo "tipo", ou modelo principal de um fato, é fruto de tradução livre da expressão "Tatbestand", encontrada no § 9 do Código do Reich, que trata da questão do erro na conduta humana.

Não obstante, o conceito de "Tatbestand" remonta ao processo penal romano, lembrando Jiménez de Asúa que o termo nada mais é do que a tradução alemã da expressão latina *corpus delicti*.

As raízes processuais do "Tatbestand" explicam a razão de os penalistas alemães do século XIX confundirem-no com o próprio delito, concebendo-o como a totalidade dos elementos objetivos e subjetivos necessários para a existência do crime. Para eles, não havia como diferenciar o "Tatbestand" do delito, pois este, segundo entendiam, é constituído por todos os elementos daquele, identificando-se, em consequência.⁷

Em 1906, Ernst von Belling altera substancialmente o conceito de "Tatbestand", concebendo-o não mais como a totalidade dos elementos do crime, mas tão-somente como um deles. Assim, deixa de ser o próprio crime, para ser, apenas, um dos seus aspectos.

Para Belling, o tipo é constituído dos elementos objetivos contidos na enunciação normativa do delito, nele não se incluindo quaisquer dados de natureza valorativa ou que configurem estados anímicos ou situações subjetivas.

Assim, apenas integram o tipo os aspectos destituídos de conotações axiológicas, por ser ele essencialmente objetivo, limitando-se a descrever aquilo que se insere no próprio delito, sem qualquer referência de ordem valorativa ou análise da postura psíquica do agente.

De qualquer forma, com Belling, o tipo deixa de ser confundido com o próprio fato em que se materializa o delito, passando a ser visto como mera descrição dos dados materiais que caracterizam objetivamente o crime. Não é a realidade do delito, mas o modelo a que esta se ajusta.

O "Tatbestand" concebido por Belling, portanto, constituiu "expediente técnico-legal, descrição neutra (não valorativa), estritamente objetiva e

externa, independente dos demais aspectos do delito (antijuridicidade e culpabilidade) e insuficiente para a sua configuração".⁸

A construção teórica de Belling foi condicionada pelo modelo positivo do direito, em voga na ocasião, representando tentativa de redução do conteúdo descritivo das leis aos métodos objetivos de verificação das chamadas ciências da natureza. Não é por outro motivo que se considerava a elaboração do conceito de tipo a mais importante contribuição da teoria causal da ação.⁹

O entendimento do tipo como algo rigorosamente objetivo, sem valoração e descritivo foi objeto de inúmeras e profundas críticas, principalmente as formuladas pelo finalismo.

Com a teoria finalista da ação, a evolução do conceito causal de ação não caminhou para a simples negação do fenômeno causal, mas sim para adicionar ao conceito a característica da intencionalidade ou da finalidade. Não se abandonou a idéia da causalidade, mas foi ela substituída pela causalidade dirigida.

O sistema causal afasta o aspecto da finalidade no conceito de ação, desconhecendo, assim, a realidade das condutas humanas, que não são meros processos causais (caso contrário, não se diferenciariam dos fenômenos da natureza), mas sim processos causais dirigidos a um fim.

Por isso, conforme a lição de Welzel, é razoável que esse fim seja considerado já no momento de conceituar a ação.

Na teoria causalista, a finalidade deve ser objeto de valoração apenas na esfera da culpabilidade, relegando à tipicidade e à ilicitude tão-somente a valoração do aspecto causal da conduta humana.

Entretanto, ao descrever o comportamento humano em um tipo legal, o legislador não se limita a reproduzir um simples processo causal, mas um processo causal resultante de uma ação humana direcionada a certa finalidade.

Esta a razão pela qual também a finalidade deve ser considerada já na primeira fase da teoria do delito, ou seja, na tipicidade e, em seguida, nas demais.

O tipo penal, para o finalismo, constitui a descrição da realidade ordenada e valorada da ação humana, que é regida e formada pela vontade

⁷⁾ Luiz Luisi, *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 14.

⁸⁾ Misabel de Abreu Machado Derzi, *Direito tributário, direito penal e tipo*, São Paulo: RT, 1988, p. 122.

⁹⁾ Juarez Tavares, *Teorias do delito*, São Paulo: RT, 1980, p. 21.

finalista, ou seja, pelo conteúdo do querer do agente. Assim, torna-se evidente que o tipo inclui, como dado basilar, o conteúdo da vontade. O fim, isto é, o realmente querido pelo agente, passa a integrar a estrutura do tipo penal. O dolo e a culpa, portanto, constituem dados fundamentais no conteúdo do tipo penal, que, com esse conteúdo, está distante do tipo meramente objetivo e não valorativo de Beiling, apresentando, diversamente, nuances objetivas e subjetivas.¹⁰

4. O princípio da insignificância e a concepção material do tipo penal

Não obstante a incontestável evolução teórica do conceito de tipo penal, desde a visão neutra de Beiling até a descoberta dos elementos anímicos e subjetivos pelo finalismo, verifica-se que a tipicidade continuou a ser, acima de tudo, um juízo formal de subsunção, ou seja, de adequação de um fato à descrição que dele se faz na lei penal.

De acordo com sua concepção formal, a tipicidade sempre foi vista como mera correspondência entre a conduta da vida real e o tipo legal de crime.

Tal postura, contudo, não satisfaz a moderna tendência de reduzir ao máximo a área de influência do direito penal diante de seu reconhecido caráter subsidiário, já que manifesta a sua ineficácia como único meio de controle social.

Com efeito, como os tipos penais são conceitos abstratos, é impossível evitar que sua previsão legal tenha alcance maior do que o desejado. Por esse motivo, são limitados pelos tipos permissivos.

Mesmo assim, por seu aspecto exterior, alguma conduta socialmente adequada ou mesmo irrelevante pode ser alcançada pelo tipo legal de crime. Em tal caso, como lembra Francisco de Assis Toledo, não se pode exigir que o agente, para que sua conduta não configure um delito, aja sob o amparo de alguma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Seria fazer com que uma pessoa que age de acordo com os padrões vigentes na sociedade em que vive tenha que se justificar acerca de uma conduta desprezada ou até aceita pelos outros.¹¹

Para evitar situações de tal ordem, procura-se, atualmente, atribuir ao tipo penal, além do sentido puramente formal, um caráter material.

⁽¹⁰⁾ Luiz Luisi, *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 41-42.

⁽¹¹⁾ Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 130.

Assim, pode-se afirmar que o comportamento humano, para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável.

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

Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade.

A concepção material do tipo, em decorrência, é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não mais são objeto de reprováveis pelo direito penal.

A tipicidade não se esgota no juízo lógico-formal de subsunção do fato ao tipo legal de crime. A ação descrita tipicamente deve revelar-se, ainda, ofensiva ou perigosa para o bem jurídico protegido pela lei penal.

O legislador, ao conceituar um crime, leva em conta os "modelos da vida" que deseja punir. Para tanto, procura definir, da forma mais precisa possível, a situação vital típica. Não obstante procure atingir um número limitado de situações, o processo de tipificação mostra-se defeituoso diante da impossibilidade de reduzir a infinita gama de atos humanos em fórmulas estancadas. Por tal motivo, o processo legislativo de tipificação é realizado de maneira "abstrata", alcançando também o que Engisch chama de "casos anormais".¹² A imperfeição do trabalho legislativo faz com que possam ser consideradas formalmente típicas condutas que, na verdade, deveriam estar excluídas do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal.

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves.

⁽¹²⁾ Karl Engisch, *La Idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Trad. Juan José Gil Cremades, Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, p. 472.

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 garantia constitucional da legalidade, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

Reafirmamos, por conseguinte, nossa posição de que o princípio da insignificância constitui 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 pensamento sistêmico de condutas que, embora, formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.¹³

A adoção do princípio auxilia na tarefa de reduzir ao máximo o campo de atuação do direito penal, confirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, manifestações naturais da regra da intervenção mínima, reservando-o para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis.

Feitas essas considerações, possível concluir que a natureza jurídica do princípio da insignificância só pode ser a de causa supralegal de exclusão da tipicidade, de acordo com a concepção material desta. É instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, consentânea, portanto, com a garantia constitucional da legalidade. Não afasta a ilicitude pela simples razão de que a irrelevância da conduta, pelo desvalor da ação ou do resultado, pode torná-la estranha ao direito penal, mas não leva necessariamente ao reconhecimento da juridicidade do fato, o que romperia o correto entendimento da ilicitude como contrariedade ao ordenamento jurídico em sentido amplo. A pequena lesão ao bem jurídico deve ser considerada atípica na sua essência, não constituindo tal postura violação à natureza descritiva do tipo penal, como sustenta Guzmán Dalbora,¹⁴ mas sim a confirmação de seu papel representativo da natureza subsidiária e fragmentária do direito penal. A singularidade ou pequenez da ofensa não retira a sua ilicitude, permitindo, ao contrário, a tão desejada e saudável interferência de outros mecanismos de controle social, jurídicos ou não.

(13) Carlos Vico Mañas, *O princípio da Insignificância como excluyente da tipicidade do direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 58.

(14) José Luis Guzmán Dalbora, *La insignificância: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico*, *RBCCRIM*, vol. 14, p. 41 e ss.

DIREITOS HUMANOS E SAÚDE MENTAL¹

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR

1. Introdução

Depois de mais de dez anos de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovada a Lei 10.216, de 16 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

A lei, baseada em projeto do Deputado Paulo Delgado, não chegou a adotar todos os postulados do movimento antimanicomial, mas abre caminho para a superação do modelo hospitalocêntrico, baseado na exclusão social do doente mental, modelo este que acarretou, desde sempre, graves violações aos direitos humanos.

Incorporou os *Princípios básicos para a proteção de pessoas acometidas de transtorno mental e para melhoria da assistência à saúde mental*, documento adotado pela Assembleia Geral da ONU, em 1991, que procura assegurar a dignidade da pessoa humana do doente mental, dispondo sobre suas liberdades fundamentais e seus direitos básicos, em especial o direito a um sistema assistencial integrado à comunidade em que vive e à sua tradição cultural, cujo tratamento se desenvolva mediante seu consentimento informado, em ambiente condigno e adequado à sua condição.

Vê-se, logo, que a nova lei se amolda ao Estado Democrático (e Social) de Direito que, segundo Alberto Silva Franco, tem uma dimensão antropológica centrada na medida em que se arrima, fundamentalmente, na dignidade da

(1) As linhas mestras deste texto são as que compõem o artigo *Direito e sofrimento mental*, escrito à época em que tramitava o Projeto de Lei no Congresso Nacional e publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 30, de abr.-jun. 2000. Com a aprovação da Lei 10.216, de 16.04.2001, o texto foi revisado para publicação nesta obra coletiva em homenagem a Alberto Silva Franco.