



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A OPERACIONALIZAÇÃO DA INSIGNIFICANCIA PELO STJ E STF: ENTRE O
FUNCIONALISMO REDUTOR E O DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Ana Flávia Cardoso Almeida

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues

Brasília
2018

ANA FLÁVIA CARDOSO ALMEIDA

**A OPERACIONALIZAÇÃO DA INSIGNIFICANCIA PELO STJ E STF: ENTRE O
FUNCIONALISMO REDUTOR E O DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção de diploma no Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues

Brasília

2018

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção de diploma no Curso de Graduação em Direito.

A operacionalização da insignificância pelo STJ e STF: entre o funcionalismo redutor e o direito penal do inimigo

Ana Flávia Cardoso Almeida

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues Orientador

Prof. Ms. Eduarda Toscani Ginardi

Ms. Jaime de Carvalho Leite Filho

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, agradeço imensamente, não só por acreditarem em mim, como também por compartilharem dos meus sonhos. Tenho certeza que durante a minha trajetória, muitas das dificuldades encontradas foram minimizadas por cada gesto de carinho, dedicação e incentivo que me deram.

Do meu pai, guardarei sempre a lembrança de toda a motivação e encantamento que me foram passados desde pequena pela Universidade de Brasília. Reconheço todo seu esforço e orgulho para que eu chegassem até aqui, que sempre foram para mim uma das suas expressões mais genuínas de amor.

À minha mãe, agradeço por ter sido minha companheira mais fiel durante todos esses cinco anos, pelos conselhos, ensinamentos, por cada brilho no olhar ao me ver crescendo, por ser sempre meu lar, mesmo quando distante.

À minha irmã, agradeço a companhia, por dividir comigo um pouco de tudo e de todos os meus dias, pelo zelo de irmã mais velha e pelo carinho de amiga, aquela que nunca vai embora.

Aos amigos que a UnB me deu, em especial, Brian, Gabi e Cylene, agradeço as risadas descontraídas, por cada momento juntos e, principalmente, pela lealdade, que transformaram nossas sintonias em eternos laços.

Ao meu eterno incentivador, Lucas, por ter me motivado todos os dias a ser um pouco melhor e por sempre ter sido grande exemplo de que os sonhos são para aqueles que se esforçam e acreditam.

Ao Defensor Público Jaime de Carvalho, que me deu a oportunidade de compreender melhor a prática jurídica, agradeço pelos ensinamentos e apoio durante todo meu período de estágio na Defensoria Pública da União. Ressalto minha grande admiração e reconhecimento por sua honrosa profissão.

Ao meu orientador, agradeço o suporte e o tempo dispendido para a realização deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho propõe uma análise empírica da conformação jurisprudencial do princípio da insignificância pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de uma perspectiva crítica relacionada à sua construção dogmática à luz dos contornos da tipicidade material. Ao se identificar as linhas gerais proferidas por esses tribunais, destaca-se verdadeira imprecisão argumentativa do instituto a respaldar sua operacionalização de diversas formas para além da sua concepção como excludente de tipicidade. Ressalta-se o distanciamento da praxe jurídica dos ideais da fragmentariedade e subsidiariedade de um Direito Penal mínimo e coadunado com seu aspecto teleológico. Nessa perspectiva, se reconhece a interferência das premissas de um Direito Penal do Autor na caracterização da insignificância, comprometendo a ideologia de um justiça equitativa corolária de um Estado de Direito.

Palavras-chave: princípio da insignificância. Subsidiariedade. Fragmentariedade. Direito Penal do Autor. Estado de Direito

Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas"

A. S. Exupéry

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

HC – Habeas Corpus

RHC– Recurso ordinário em Habeas Corpus

REsp– Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça Código de Processo Civil de 2015

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
------------------	----

CAPÍTULO 1 – BASES TEÓRICAS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

1.1 O surgimento da dogmática penal e o interesse jurídico-penal pelo princípio da insignificância	13
1.2 O conceito de tipicidade	19
1.2.1 A evolução do conceito de tipicidade.....	20
1.3 Fundamentos do princípio da insignificância.....	23

CAPÍTULO 2 – A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA PELO STJ E STF NOS DIAS DE HOJE

2.1 Formas de operacionalização do instituto	26
2.2 Da análise da jurisprudência.....	33
2.2.1 Aplicação da insignificância ao delito de furto.....	33
2.2.2 Da necessidade da aplicação casuística da insignificância.....	37
2.2.3 As considerações a respeito da vida pregressa do autor e o direito ao esquecimento	40
2.2.4 A aplicação da insignificância aos delitos de descaminho	44

CAPÍTULO 3 – DIREITO PENAL DO AUTOR

3.1 A perspectiva do Direito Penal do autor no discurso do STJ e STF na conformação do princípio da insignificância	48
3.2 A realidade do fenômeno punitivo	49
3.3 Epistemologia garantista.....	52
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

INTRODUÇÃO

Trata-se de pesquisa jurídica que tem por escopo a análise da conformação jurisprudencial do princípio da insignificância sob a perspectiva da sua construção dogmática como elemento interpretativo restritivo do alcance da repressão penal, excludente de tipicidade material. Em um primeiro momento, se analisa o surgimento desse princípio atrelado ao movimento iluminista, o qual deu início ao anseio por uma elaboração sistemática do direito positivo, impulsionando o desenvolvimento de uma ciência jurídico penal como principal mecanismo de limitação do arbítrio punitivo estatal. Passa-se, ao exame da evolução da teoria geral do delito por meio das teorias até então formuladas pelos penalistas, como forma de acentuar sua real contribuição para construção de um conteúdo para o conceito tipicidade, intrinsecamente ligado à insignificância.

Em um segundo momento, direciona-se o foco do estudo para os aspectos da dimensão material do tipo com o intuito de afastá-lo da mera concepção de juízo formal de subsunção. Passa-se à análise dos conceitos de tipicidade material e formal situando-os em uma nova abordagem penalista caracterizada pela demanda de mecanismos que viabilizassem o desenvolvimento de um Direito Penal coadunado com as características da fragmentariedade e da subsidiariedade. Nesse contexto, se insere o estudo de institutos como o da tipicidade conglobante, tipicidade penal, tipicidade legal e bem jurídico à luz das premissas de uma intervenção mínima e da proporcionalidade da pena à gravidade do delito.

Tal perspectiva se enquadra na atual busca pela aproximação da ciência penal com a realidade social, que traduz a necessidade de uma dogmática penal direcionada a situações que realmente exigem sua tutela e intervenção. A dogmática desenvolvida até então era excessivamente formalista, demonstrando-se insuficiente para a resolução das situações práticas. Intenta-se uma aproximação do direito com seu caráter teleológico, uma vez que seu poder coercitivo não pode ser legitimado pela mera legalidade, é preciso que este seja sempre fundamentado pela sua função no seio da sociedade. Essa nova perspectiva da teoria do delito possibilitou o desenvolvimento do princípio da insignificância, esquematizado para desconsiderar condutas que não possuem lesividade relevante ao bem jurídico e, consequentemente, sejam desprovidas de tipicidade material.

Em momento posterior, no capítulo 2, dá-se enfoque à forma de aplicação e interpretação do princípio da insignificância pelo STJ e pelo STF. Passa-se à análise de alguns

julgados recentes proferidos por esses tribunais em casos de delitos patrimoniais e descaminho, com o intuito de delinear as características principais dos discursos articulados, comparando-as com os contornos gerais traçados para o princípio sob a ótica da sua construção dogmática inicial. Destaca-se a ausência de uma precisão argumentativa na aplicação do instituto, caracterizando uma jurisprudência farta, porém ressonante de critérios de aferição destoantes e alheios ao que foi desenvolvido pela dogmática no âmago de uma complexa concepção de tipicidade material. Pelo contrário, observa-se a utilização do princípio muitas vezes como corretivo de política criminal, excludente de culpabilidade ou até mesmo como mecanismo atrelado a circunstâncias subjetivas do agente. Há diferentes formas de operacionalização da insignificância, seja como instituto exclusivamente processual ou como questão de direito penal material, as quais, inclusive, serão delineadas ao decorrer do capítulo, assim como as suas implicações.

O estudo mais acurado de cada julgado viabiliza a caracterização dos discursos gerais utilizados nessas decisões que muitas vezes se contrastam e resultam desproporcionais, cedendo espaço à insegurança jurídica. Nota-se que não há parâmetro para a definição do valor da insignificância nos casos de furto, por exemplo, de forma que é possível encontrar casos os quais envolviam valores bastantes semelhantes, bem como as vítimas, em que, apesar da restituição da coisa furtada, houve a absolvição do réu em um e a condenação em outro. Para além dessas distorções, se destacam recorrentes alusões à vida pregressa do autor para negar-lhe o reconhecimento da insignificância, sob uma ideologia da periculosidade social do agente. Evidencia-se uma subjetivação da aferição da lesividade da conduta sob aspectos da personalidade do agente, a qual se torna em muitos casos suficientes para justificar a incidência da coerção penal. Sob esse prisma, trabalha-se a incidência das premissas do Direito Penal de autor na praxe jurídica brasileira, no sentido de que não se pune o fato em si e sim personalidades estigmatizadas pelos critérios da periculosidade.

No terceiro capítulo é feito um aprofundamento a respeito da realidade do fenômeno punitivo pela leitura de Zaffaroni¹, segundo uma concepção de vulnerabilidade ao sistema de criminalização. O cerne da questão reside na subtração ao penal de aspectos materiais de punição, e sua consequente subordinação ao suporte de outros discursos. Nesse contexto, apresenta-se a falha das teorias da prevenção geral e especial da pena, utilizadas para

¹ ZAFFARONI, Raul Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume I, parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 70-114.

justificar a intervenção punitiva. Trata-se do caráter seletivo do sistema penal, o qual, por meio da criminalização de aspectos subjetivos do agente, da sua forma de “ser”, submete ao Direito Penal os setores mais vulneráveis da sociedade.

Por último, passa-se à crítica, sob a ótica de Ferrajoli², ao substancialismo penal, caracterizado por uma concepção ontológica de desvio penalmente relevante, dando azo a discriminações subjetivas e arbitrárias na esfera de liberdade dos cidadãos. Nessa conjuntura são trabalhados conceitos elucidados pelo autor como o da legalidade estrita, da função reguladora e constitutiva da pena, os quais se inserem na epistemologia do discurso garantista. A crítica ao Direito Penal do autor se aloca justamente na função constitutiva da lei dos pressupostos da pena, que submete a comprovação do desvio punível a critérios subjetivos do réu, dissolvendo todo um conjunto de garantias processuais e materiais. Por meio dessas ponderações, aproxima-se os discursos penais que substituem tipologias e classificações de delitos por tipologias e classificações de autores aos regimes totalitários, inconciliáveis com as premissas de um Estado de Direito.

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito Penal e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p 38-98

CAPÍTULO 1

BASES TEÓRICAS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA

1.1 O surgimento da dogmática penal e o interesse jurídico-penal pelo princípio da insignificância

O princípio da insignificância surgiu a partir da necessidade de uma moderna dogmática penal que aproximasse o Direito Penal da realidade, possibilitando uma maior racionalidade e previsibilidade na sua aplicação³. Esse anseio por uma elaboração sistemática do direito positivo teve início com o movimento iluminista do século XVIII, o qual impulsionou o desenvolvimento de uma ciência jurídico penal como instrumento fundamental de limitação ao poder arbitrário do Estado. O iluminismo pautava-se na razão em detrimento a um Estado absoluto, de forma que uma ciência jurídica bem fundamentada servisse de instrumento de legitimação e restrição da repressão estatal.

Como ressalta Vico Mañas, é de fundamental importância o desenvolvimento de uma ciência jurídica completa e consolidada, vez que a dogmática penal possui indispensável função que consiste

“na única maneira de possibilitar uma aplicação racional e uniforme da lei penal, como garantia essencial da segurança jurídica; colocando a aplicação da lei acima da arbitrariedade ou da consideração puramente sentimental, a dogmática procura uma administração da justiça democrática, igualitária e justa”⁴

Nesse contexto, frente à necessidade de racionalização do poder punitivo, dá-se início ao desenvolvimento de um pensamento dogmático como único meio de contenção ao arbítrio no uso do poder estatal. Buscava-se “garantir que o Direito Penal somente pudesse ser utilizado a partir de um ferrenho respaldo legal, de modo que as normas penais apenas pudessem ser empregadas de acordo com um estrito raciocínio de subsunção formalista”.⁵ Diversos doutrinadores do Direito penal desenvolveram o estudo de seus conceitos e categorias buscando

³ LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática.** Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 205.

⁴ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.p 20-21

⁵ LUZ. op.cit., p. 206

essa racionalização da sua produção e da sua aplicação por meio da análise de critérios sistemáticos. Tal movimento realizado por diferentes escolas doutrinárias enfrentou inúmeras alterações internas expressas nas diferentes concepções teóricas surgidas até então.

Para ilustrar, é oportuno traçar, como assinala Bitencourt⁶, uma evolução epistemológica do Direito Penal por meio da elaboração das categorias sistemáticas do delito: tipicidade, antijuricidade e culpabilidade. Em um primeiro momento, a partir da metade do século XIX, o autor destaca o conceito clássico de delito, como produto do pensamento jurídico característico do positivismo científico. Essa corrente defendia que juízos de valor ou considerações da realidade metajurídica não deveriam interferir na dogmática, sob a proposição de que o direito positivo não estava vinculado à política criminal. O conceito de ação era concebido como algo eminentemente causal, atrelando-se à ideia de uma tipicidade e antijuridicidade puramente objetivas e a uma culpabilidade subjetiva. Dessa forma, para a teoria causalista, a ação humana se reduzia a mero processo mecânico regido pelas leis da causalidade, de forma que ao injusto (fato típico e antijurídico) enquadrava-se o processo causal externo e na culpabilidade todos os elementos subjetivos, elementos anímicos do agente⁷. Essa forma de separação do delito passa a ser bastante questionada com o reconhecimento dos elementos subjetivos do tipo, bem como pela reação antipositivista iniciada pelo neokantismo.⁸

Vico Mañas pondera que o neokantismo buscou ampliar o conceito positivista de ciência de forma que nele se enquadrasse os fenômenos espirituais e a compreensão de sua essência específica, o que significava atribuir ao processo de conhecimento jurídico o seu significativo valor⁹. Em complemento, o autor postula que essa corrente não intentou criar um novo conceito de delito, mas apenas formular alguns aperfeiçoamentos, de modo que não houve alterações ao conceito causal de ação. Se manteve a concepção de uma antijuricidade objetiva e uma culpabilidade subjetiva, dando, portanto, continuidade às proposições naturalistas. Desta forma, o neokantismo serviu de complemento ao positivismo jurídico com o acréscimo do subjetivo, mas sem modificação do objeto.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p 105

⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p 93

⁸ Ibid, p.94

⁹ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.13

Francisco Assis Toledo e Zaffaroni destacam a teoria social da ação, a qual considerava o aspecto social da ação como ponto fundamental para a definição de tipicidade. Zaffaroni pontua, entretanto, que no seio dessa teoria nasce uma concepção falha de ação, entendida somente como a conduta que transcende o indivíduo e que é socialmente relevante¹⁰.

Ocorre que essa compreensão da conduta humana faz uma confusão entre os conceitos de ação e tipicidade, vez que há condutas que, apesar de não transcederem o sujeito, são consideradas ação. A diferença reside no fato de que são tipificadas pelo direito. Tal assertiva se dá, entretanto, porque não se considera típica a conduta que não afete bens jurídicos e não porque estas não são consideradas ações:

De qualquer maneira, repetimos que o requisito da relevância social, entendida como a necessidade de que a conduta transcendia da esfera meramente individual do autor para a do outro, é um requisito da tipicidade penal da conduta, mas não da conduta em si, que é conduta, embora não transceda a ninguém¹¹.

Ademais, pontua-se a existência de condutas socialmente relevantes, porém neutras para o direito penal, os fatos jurídicos em seu sentido amplo, por exemplo. Logo, conclui-se que a relevância social não é atributo específico do delito e sim uma característica genérica de todo fato jurídico. Dessa forma, a teoria social da ação não atende à necessidade de introduzir um conceito de ação que satisfaça as exigências do Direito Penal.¹² Em ambas as críticas pode-se deduzir que essa teoria não conseguiu superar a causalista e nem a finalista, vez que não apresentou respostas suficientes que levassem a um raciocínio jurídico coeso e independente daquelas.

O finalismo, que teve como seu principal expoente Hans Welzel, defendia a pré-existência da conduta humana em relação ao ordenamento jurídico, de forma que a realidade, ao ser valorada e inserida nos tipos delitivos, não pode ser modificada, em razão das estruturas lógico-objetivas às quais o legislador estava subordinado¹³. Assim, o objeto de análise de cada ciência só poderia ser o mesmo, o que as diferencia é que cada uma foca em aspectos diferentes desse mesmo objeto de estudo. Welzel assinalava que a ciência do direito, portanto, preocupava-se com as ações humanas. O conceito de ação humana foi então concebido como o exercício de atividade finalista em contraponto à sua concepção puramente causal:

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.p.385

¹¹ Ibid.p.386

¹² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.105

¹³ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.p.16

“[...] E nisso reside, precisamente, a grande diferença entre o conceito “clássico” causal da ação e o novo conceito finalista. No primeiro, a ação humana, depois de desencadeada é considerada em seus aspectos externos, numa sequência temporal “cega”, de causa e efeito, como algo que se desprendeu do agente para causar modificações no mundo exterior. No segundo, é ela considerada, em sentido inverso, como algo que se realiza de modo orientado pelo “fim” (pelo objetivo) antecipado na mente do agente. É uma causalidade dirigida”¹⁴

Essa nova compreensão repercute na criação de um novo conteúdo do tipo penal, o qual integra a vontade, afastando-se da sua concepção meramente objetiva. O dolo e a culpa, a partir daí são inseridos no contexto do tipo penal, atraindo para sua estrutura nuances subjetivas e objetivas, de forma que à culpabilidade restou apenas elementos normativos. A respeito disso, Bitencourt destaca a importância inquestionável do finalismo nos avanços da dogmática penal, uma vez que “contribuiu decisivamente para o descobrimento do desvalor da ação, como elemento constitutivo do injusto penal, e para melhor delimitação da própria culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal”¹⁵ assim como contribuiu para uma concepção mais adequada dos variados tipos de crime.

Apesar do inegável subsídio dessas correntes teóricas para uma elaboração sistemática do direito positivo e, consequentemente, para a evolução do tipo penal para sua concepção subjetiva finalística , nota-se que não se conseguiu atribuir à tipicidade um conteúdo diferente de um mero juízo formal de subsunção. “A tipicidade, portanto, de acordo com sua concepção formal, sempre foi vista como mera correspondência entre uma conduta da vida real e o tipo legal de crime, constante da lei penal”¹⁶. Ocorre que tal compreensão do tipo, desprovida de uma dimensão material, implica sérias consequências à aplicação do direito penal, uma vez que é preciso agregar ao juízo de tipicidade um conteúdo valorativo que o permita desenvolver fundamental função seletiva sobre as condutas humanas, limitando seu alcance punitivo. Nesse sentido:

“a maior crítica que se pode formular contra essas duas concepções do fato típico consiste no seu (exagerado) formalismo. O juízo de tipicidade penal contentava-se com a mera subsunção do fato à letra da lei. Confundia-se tipicidade legal com tipicidade penal. Tanto o causalismo como o finalismo não conseguiram superar o positivismo jurídico formalista (de Binding e de Rocco). Ignoraram (quase que) por completo o bem jurídico protegido, assim como sua dimensão ofensiva. [...] Confundiam violação da norma primária imperativa com violação da norma primária valorativa. Aliás, abandonaram quase que inteiramente esse último aspecto da norma penal. Nem cuidaram da necessária ofensa ao bem jurídico nem

¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.97

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p.278

¹⁶ TOLEDO, op.cit, p. 52

tampouco da imputação objetiva desse resultado ao seu agente. Centralizaram suas atenções na causação.”¹⁷

Nota-se, portanto, que, até então, o pensamento dogmático concentrou- se apenas em uma análise essencialmente jurídico formal dos fenômenos do crime e da pena que atribuísse maior racionalidade e segurança jurídica à praxe jurisdicional. O Direito Penal limitava-se por um falacioso ideal de autossuficiência distanciando-se do seu fim geral de realização dos Direitos Humanos, ou sequer, uma garantia de uma coexistência minimamente satisfatória. Um Direito Penal fechado em si mesmo esvazia-se diante do seu distanciamento com a realidade e de seu aspecto teleológico, vez que a dogmática penal não pode ser mera construção conceitual submissa à vontade do legislador. Atrelada a cada limite de proibição ou de reprovação, de punibilidade ou de pena, se faz necessário a compatibilização desse entendimento com o fim geral do direito penal, mais especificamente, com a segurança jurídica, entendida como forma de tutela a bens jurídicos.

Frente ao que denominou de desgaste causado por esses embates teóricos e genuinamente abstratos dos causalistas e finalistas, Vico Manãs destaca uma verdadeira crise da dogmática penal, dado que esta “encerrou-se dentro de si mesma, dedicando-se tão somente a elaborações abstratas, abandonando as particularidades do caso concreto e fechando as portas a qualquer consideração da realidade social”¹⁸. Tal fato se deu, segundo o autor, em razão da dedicação de significativa parcela dos estudos penais a assuntos com reduzida repercussão na aplicação prática da lei penal e que apresentam aspectos empíricos de difícil comprovação, se limitando, portanto, a colocações ideais.

A necessidade de uma nova dogmática penal surge desse contexto, no qual se tinham correntes teóricas excessivamente especulativas, que defendiam um modelo jurídico totalmente alheio a questões relacionadas ao papel da pena e à conveniência da intervenção penal, gerando inúmeras distorções na sua aplicação prática.

Sobre o assunto, Yuri Correa chama atenção para um movimento conhecido como “funcionalismo penal”, o qual, embora reconheça a importância da construção de um sistema fechado como instrumento limitador do arbítrio punitivo estatal, criticava as suas sérias

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Tipicidade penal = tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva.** Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/8383/tipicidade-penal-tipicidade-formal-ou-objetivatipicidade-material-ou-normativa-tipicidade-subjetiva> > Acessado em: 25.04.2018

¹⁸ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.p 19

implicações práticas¹⁹. Tal movimento centrava-se justamente na crítica aos malefícios de um direito penal formalista em contraponto a um que possa orientar, garantindo uma segurança jurídica, uma aplicação igualitária e materialmente justa das normas. Destaca-se o desenvolvimento de um Direito Penal caracterizado por uma maior preocupação com a situação concreta, empiricamente observada, em detrimento a uma preocupação excessiva com elaborações teóricas abstratas, em busca de uma adaptação do direito positivo à realidade. Importante destacar, entretanto, conforme bem ressalvado por Zaffaroni,²⁰ que o Direito Penal, não obstante deva incorporar dados de realidade, não pode se reduzir a mera sociologia, devendo resguardar a noção de sistema, em nome de decisões equitativas desvinculadas de uma discricionariedade arbitrária do julgador.

Ao revelar as incongruências entre o direito formal e a sua aplicação, essa nova tendência do direito ajudou no desenvolvimento de ideia de um Direito Penal subsidiário, o qual se comprometesse com seu aspecto teleológico, tendo em vista que uma dogmática excessivamente formalista é insuficiente para afastar a intervenção penal de situações que não a demandam

“a moderna política criminal requer exame rigoroso dos casos em que convém impor pena (criminalização), bem como dos que demonstram a necessidade de exclusão da sanção penal (desriminalização), modificação ou atenuação da reprimenda existente (despenalização)”.²¹

Surge, portanto, uma ideologia penal absorta de formalismos extremos. Essa nova abordagem penalista, caracterizada pela demanda de mecanismos que viabilizassem uma interferência limitada e legítima do Direito penal, trouxe à baila princípios como o da insignificância, da adequação social, os quais intentaram, sem perder de foco a segurança jurídica, efetivar uma interpretação do Direito Penal coadunada com as características da fragmentariedade e subsidiariedade:

“ A adoção do princípio da insignificância auxilia na tarefa de reduzir ao máximo o campo de atuação do direito penal, reafirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, reservando-o apenas para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis”²²

¹⁹ LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática.** Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 207

²⁰ ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume I, parte geral.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 159

²¹ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.p. 24

²² Ibid., p. 59.

Para um aprofundamento do estudo do princípio da insignificância é imprescindível que se faça primeiramente uma abordagem da tipicidade desde a sua concepção inicial até a sua interpretação nos dias de hoje. A tipicidade em sua compreensão material é elemento essencial do delito que se faz indispensável para a assimilação da insignificância, compreendida por meio de um juízo de valoração da norma penal.

1.2 O conceito de tipicidade

Pode-se definir a tipicidade como “uma característica que tem a conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal. Tipo é a forma legal que permite averiguar a tipicidade da conduta”.²³

O juízo de tipicidade consiste em verdadeiro delimitador alcance punitivo penal. Somente pode se punir aquilo que primeiramente foi considerado típico, as condutas que aí não se enquadram ficam fora do seu âmbito repressivo. O tipo, portanto, torna-se a maneira como o legislador protege um bem jurídico, considerada como um ente ao qual se confere uma tutela penal em razão do seu valor. O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma penal para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que agrega a tutela penal.²⁴

A par dessas considerações, é possível destacar algumas funções do tipo penal. Cabe ressaltar, oportunamente, a função de garantia, a qual se concretiza por meio da segurança decorrente do princípio da legalidade. Só pode ser considerado crime aquilo que a lei assim define, ou seja, a conduta que se enquadra em um tipo penal. Dessa forma, como afirma Bitencourt, o tipo cumpre, além de uma função fundamentadora do injusto, uma função limitadora do âmbito do penalmente relevante.

Importante destacar que todo tipo legal está atrelado à proteção de um bem jurídico, manifestando-se por meio da tutela jurídica conferida a este. O bem jurídico confere um fim teleológico à lei penal, vez que com a tipificação das condutas se tem como objetivo a proteção

²³ ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume I, parte geral.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 399

²⁴ Ibid., p. 410

daqueles. “Sem o bem jurídico caímos em um formalismo legal, numa pura jurisprudência dos conceitos”.²⁵ Dessa forma, o autor pontua duas das suas importantes funções:

“O bem jurídico cumpre duas funções, que são duas razões fundamentais pelas quais não podemos dele prescindir: a) uma função garantidora, que emerge do princípio republicano; b) uma função teleológico- sistemática, que dá sentido à proibição manifestada do tipo e a limita. Ambas as funções são necessárias para que o direito penal se mantenha dentro dos limites da racionalidade dos atos de governo, impostos pelo princípio republicano”²⁶

Por sua vez, merece destaque a inegável importância do bem jurídico como referencial crítico ao processo legislativo e como referencial metodológico para a construção de uma teoria do delito fundamentada no desvalor da ação e do resultado²⁷. Isso se dá por meio da relevância atribuída ao desvalor do resultado, conferida por meio da compreensão do bem jurídico como referente crítico e limitador do direito penal pelo garantismo, resultante na exigência de uma materialidade mínima necessária além do desvalor da ação:

“é justamente essa atenção ao *desvalor do resultado* – como decorrência da concretização da teoria do bem jurídico – que assenta as bases para o princípio da insignificância, que permite a caracterização da atipicidade de lesões mínimas, insignificantes. Ainda que exista resultado no sentido naturalístico-consustanciado na lesão concreta ao bem jurídico – não existe *desvalor* normativo de *resultado* seja sob a ótica da proporcionalidade, seja porque a irrelevância da lesão não afeta *expectativas de convivência* nem atrapalha o *funcionamento* do modelo democrático de direito.”²⁸

Feitas essas pontuações, torna-se evidente a importância da construção do conceito de tipicidade e suas diversas formas de assimilação pelas correntes doutrinárias, vez que, como estrutura do delito, traz profundas consequências à forma de aplicação do Direito Penal. A compreensão do tipo, dotado de seu aspecto formal e material, como exposto anteriormente, encontra-se atrelada ao conceito de bem jurídico e à delimitação do campo de atuação do punitivo penal. Logo, oportuno breve resumo histórico da evolução do conceito de tipicidade para uma compreensão das suas principais consequências no caráter seletivo e subsidiário do Direito Penal.

²⁵ ZAFFARONI, op. cit., p. 416.

²⁶ ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume I, parte geral.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. p. 420.

²⁷ BOTTINI. Pierpaolo Cruz et al. **A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados.** Revista brasileira de ciências criminais. v. 98, set./out., 2012, p.122.

²⁸ Ibid., p. 123.

1.2.3 Evolução do conceito de tipicidade

Incialmente o conceito de tipo estava vinculado à expressão “*Tatbestand*” de origem alemã, concebida como o conjunto dos elementos objetivos e subjetivos que configuram o crime. O conceito de *Tatbestand* foi reformulado por Beling, impulsionado pelo positivismo, passando a abracer somente os elementos objetivos do delito. Dessa forma, o tipo definido por Beling era concebido como mera descrição dos dados materiais que caracterizam objetivamente o delito,²⁹ configurando uma ideia de tipicidade totalmente independente da antijuricidade e da culpabilidade.

Essa visão do tipo meramente descritivo e objetivo cede lugar, a uma concepção do tipo, elaborada por Mayer, como indiciário da antijuricidade. Ademais, ele defendeu que a descrição típica envolvia elementos subjetivos e normativos, de forma que tornava-se impossível encarar o tipo como figura desprovida de valor, bem como uma antijuridicidade puramente objetiva. Tal perspectiva manteve a tipicidade independente da antijuricidade, ao contrário da postura de Mezger, que defendeu a estrutura tripartida do delito. “Para ele, a tipicidade não é a simples descrição, indício ou *ratio cognoscendi*” da antijuridicidade, mas seu fundamento real de validade (...) o tipo, assim, torna-se um juízo de desvalor, presumido e provisório, pois, excepcionalmente, a antijuridicidade pode ser afastada por uma causa excludente”³⁰.

Vico Manãs ressalta que o grande marco da doutrina finalista para a estrutura do tipo foi que, apesar de que desde Meyer ele já possuía elementos objetivos e subjetivos, foi só com o finalismo de Welzel que esses elementos deixaram de ser essencialmente objetivos e externos, sem verdadeira impregnação do aspecto subjetivo³¹. Inclui-se no tipo a intencionalidade, abrangida pelo dolo e pela culpa, acompanhados de outras características subjetivas de forma que o tipo passa a ter realmente uma parte objetiva e outra subjetiva.

Nota-se um avanço, primeiramente, de uma concepção de tipo meramente descritivo objetivo, atrelada à teoria causalista, na qual a ação é mera conduta mecânica, a uma compreensão do tipo com elementos anímicos e subjetivos por influência do finalismo. Contudo, apesar de toda essa evolução do conceito de tipicidade, Vico Mañas afirma que “a

²⁹ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 43.

³⁰ Ibid., p. 46.

³¹ Ibid., p. 51.

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”.³²

Por essa razão, a dogmática moderna procurou diferenciar a tipicidade legal, subsunção da conduta à norma descriptiva, da tipicidade penal. Segundo Zaffaroni, esta implica antinormatividade, a qual não é atestada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, requer investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre afetação do bem jurídico. A tipicidade penal é uma etapa posterior ao juízo de tipicidade, é quando se atesta a normatividade, para só assim se falar em uma tipicidade penal.³³

Nesse contexto, à luz de uma redução da tipicidade penal a uma verdadeira dimensão do alcance proibitivo da norma, destaca-se o conceito de tipicidade conglobante:

“o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa”³⁴

Nota-se a importância da diferenciação de uma mera tipificação abstrata da conduta em relação a uma análise de toda a ordem normativa. Muitos autores trabalham essa questão ao postular pela exigência de uma adequação típica da conduta, que vai muito além da subsunção do fato à norma. A tipicidade formal, como subsunção de uma conduta ao tipo legal diferencia-se da adequação típica, que exige uma análise da conduta em seu aspecto material. Para Francisco de Assis Toledo, o conceito de tipicidade material remete à noção do tipo como portador de um sentido de ilicitude, dotado de verdadeira função seletiva. Nesse sentido, postula que a concepção material do tipo o confere uma dupla ordem de valoração:

“A primeira consiste no juízo de desvalor ético-social que está na origem da própria elaboração do tipo. A segunda está na carga valorativa contida no tipo, que permite a este último desempenhar importante função seletiva sobre as mais variadas formas de comportamento humano, com isso estabelecendo a grande linha divisória entre o que é permitido o que não o é, na esfera do direito penal O legislador seleciona os tipos, transformando-os, com a edição das leis penais, em tipos legais de crime; estes últimos selecionam as condutas humanas, transformando-as em fatos típicos penais em fatos atípicos penais. [...] Atribui-se ao tipo um conteúdo material”³⁵

³² Ibid., p. 52.

³³ ZAFFARONI, Raul Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume I, parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 399.

³⁴ Ibid., p. 413.

³⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 127

O juízo de tipicidade não pode se resumir a uma mera apreciação formal induzida por uma normatividade abstrata. Por mais que o processo de tipificação constitua em si uma forma de seletividade do âmbito de atuação do Direito Penal, ele é ainda insuficiente para limitar seu alcance punitivo a condutas que realmente necessitam desse sistema mais repressivo. “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”.³⁶

Não é cabível uma adequação típica sem que a conduta seja materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável. É preciso superar a antiga concepção de tipo como algo meramente descritivo formal defendido pelos positivistas. A atual tendência da ciência penal consiste justamente na busca de um a concepção material do tipo, reveladora do caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, de forma a conferir-lhe maior sentido na sua aplicação. Nesse contexto, como mecanismos de interpretação restritiva do tipo penal, limitando as implicações de uma tipificação abstrata, é que surgem o princípio da insignificância e da adequação social:

“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. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático políticocriminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal”³⁷

1.3 Fundamentos do princípio da insignificância

O princípio da insignificância, atrelado a sua formulação por Claus Roxin segundo à máxima *non curat praetor*, funciona justamente como mecanismo de interpretação restritiva do tipo legal à luz de um Direito Penal subsidiário e fragmentário. Nesse sentido:

“o princípio da insignificância mostra-se como a válvula de resgate da legitimidade do Direito Penal. Esse é, na realidade, uma construção dogmática, amparada em conclusões de ordem político-criminal, a fim de que a incriminação somente se justifique quando tenha ocorrido lesão ao bem tido como primordial pela sociedade, não justificando a interferência do Direito Penal para tutelar interesses

³⁶ PRESTES, Cássio Vinícius D.C.V. Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal.** São Paulo: Memória Jurídica, 2003. p. 39.

³⁷ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56.

morais ínfimos e condutas que, embora sejam ilícitas, não atinjam de forma significante a ordem social”³⁸

As características da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal foram expoentes não somente dos postulados da insignificância, como também de outros princípios que inclusive serviram ora de fundamento ora de complemento a sua função restritiva do alcance punitivo penal. Insta destacar por hora alguns deles; princípio da intervenção mínima, da adequação social, da ofensividade e da proporcionalidade.

O princípio da intervenção mínima defende um Direito Penal como *ultima ratio*, devendo ser acionado somente quando as outras esferas do direito não forem suficientes para proteger determinado bem jurídico, em razão da gravidade da lesão e da relevância daquele para o meio social. Nesse sentido, Bitencourt assinala que tal princípio “orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalidade de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes”.³⁹

Nota-se nítido caráter subsidiário conferido ao Direito Penal frente a meios extrapenais de controle social, uma vez que, “a sanção penal, representada pela privação de liberdade é uma das formas mais violentas de intervenção na liberdade, sendo assim, o Estado somente deve se utilizar dela quando se mostrarem falhas e insuficientes as sanções não penais”.⁴⁰ Por essa premissa é possível também constatar seu caráter fragmentário, visto que deve punir somente as condutas mais graves praticadas contra os bens jurídicos estremados como mais importantes. Trata-se da seletividade do sistema penal que repercute incisivamente na delimitação de seu campo repressivo e da função da norma penal. Nesse sentido:

“O caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, sua natureza fragmentária.”⁴¹

O postulado da mínima ofensividade se coaduna com essas orientações vez que impõe limites ao âmbito de configuração material do crime, pois legitima a atuação do Direito Penal somente quando a conduta for apta a lesar determinado bem jurídico tutelado. Há de se criar

³⁸ SOBRINHO, M.M; GUARAGNI, A. **O princípio da insignificância e a sua aplicação jurisprudencial.** Revista Jurídica Unicuritiba.v.3, n.36. 2014. p. 402

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I.** 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁴⁰ PRESTES, Cássio Vinícius D.C.V. Lazzari. O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal. São Paulo: Memória Jurídica, 2003. p. 24.

⁴¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral.** 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2017. p. 109.

uma liberdade mínima exigida pela coexistência em sociedade, que muitas vezes implica conflitos de interesses que não necessariamente precisam ser tutelados pelo Direito Penal. Aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, em face da arguição da necessária tolerância que deve existir no meio social, indispensável ao convívio entre pessoas que, naturalmente são diferentes.⁴²

Quanto ao princípio da proporcionalidade, cabe destacar a sua alusão à proporcionalidade da reprimenda com a lesão ao bem jurídico, de forma que “nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste qualquer razão para a imposição da reprimenda”⁴³. Em outras palavras, rejeita-se uma repressão penal desnecessária e excessiva. São orientações que exigem um direito penal garantista, pautado por um senso de lesividade e razoabilidade.

Pelo exposto, é possível observar que ambas as principiologias supracitadas postulam por um equilíbrio entre a efetiva gravidade de uma conduta e a drasticidade de uma eventual intervenção penal. Não é à toa que serviram de fundamento ao princípio da insignificância, o qual, fundado na concepção material do tipo penal, rejeita a imposição de sanções penais desproporcionais à intensidade da lesão ou ofensa gerada a bem jurídico tutelado. Destarte, condutas irrelevantes para o meio social devem ser consideradas materialmente atípicas, por mais que se enquadrem em um tipo legal, vez que a atuação penal, reafirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, deve reservar-se apenas para a proteção jurídica de valores sociais indiscutíveis.⁴⁴

Bittencourt chama a atenção para a necessidade de um paralelismo mínima ofensa e desproporcional punição, no qual deve ser valorada a necessidade, justiça e proporcionalidade de eventual punição do autor da conduta. Ressalta-se que tal paralelismo relaciona-se à repressão penal, de forma que não se exclui com base atipicidade material do fato a possibilidade de que sejam conferidas penalidades no âmbito do direito cível, administrativo, etc.⁴⁵

Nessa conjuntura se insere a teoria da adequação social, que se traduz na ideia de que condutas socialmente aceitas e adequadas não podem ser enquadradas como típicas. O

⁴²GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2017. p. 103

⁴³ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 58

⁴⁴Ibid., p. 58-59.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p. 69-72

fundamento da teoria reside na concepção de que as condutas típicas somente podem ser aquelas proibidas socialmente relevantes:

“As ações socialmente adequadas, por suas próprias características, não contrastam, num determinado momento histórico, com as exigências da vida ordenada da comunidade, ainda que possam apresentar uma aparente contrariedade com certos preceitos da legislação penal. Deixam, pois, de ser típicas, uma vez que carecem daquela relevância que caracteriza as condutas típicas.”⁴⁶

Não se deve, entretanto, confundir o princípio da insignificância com o da adequação social. Este resulta na atipicidade de condutas socialmente aceitas, de forma que são totalmente aprovadas no âmbito da convivência em sociedade. Já aquele, apesar de descartar a tipicidade do ato levando em conta uma efetiva ofensa material, não tira da conduta seu caráter de reprovação social.⁴⁷ Cabe ainda frisar que a adequação social muito menos se iguala às causas de justificação, Assis Toledo pontua que a ação socialmente adequada exclui-se do tipo em razão da sua 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.⁴⁸

CAPÍTULO 2

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA PELO STJ E STF NOS DIAS DE HOJE

2.1 Formas de operacionalização do instituto

Por meio da exposição teórica feita, pode-se concluir que o princípio da insignificância é de fundamental importância para a prática forense, tendo em vista que caracteriza-se como pilar orientador, empreendendo forte caráter interpretativo restritivo no âmbito do ordenamento jurídico. A forma de aplicação e interpretação desse princípio pelos tribunais superiores brasileiros se faz importante instrumento de análise para a compreensão desse instituto à luz da reflexão dogmática sobre os contornos da tipicidade material.

⁴⁶ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 32

⁴⁷ Ibid., p. 33.

⁴⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 131-132.

A primeira alusão feita ao princípio da insignificância pelo STF disponível na jurisprudência digitalizada, foi feita em 1988, no RHC 66.869/PR.⁴⁹ Tratava-se de caso relacionado à atipicidade das lesões corporais em acidentes de trânsito pela pequena afetação do bem jurídico. Outrossim, destaca-se julgado de 2002 (14 anos depois do primeiro), no qual ainda se reconhecia a dificuldade de aplicação da ideia da atipicidade por insignificância em razão da inexistência de pronunciamento legislativo sobre o tema:

“Ainda que o julgado tenha tratado da aplicação do princípio em situação específica – posse de entorpecente em unidade militar- nota-se pela fundamentação que a Corte afastou a insignificância não apenas pelo comportamento, mas pela falta de precisão do princípio e da ausência de definição legislativa sobre o tema”⁵⁰

A análise dos estudos sobre a interpretação jurisprudencial desse princípio reflete grande destaque dado ao Habeas Corpus 84412/SP⁵¹, que discutia a insignificância do furto de uma fita de videogame valorada em R\$ 25,00, correspondente a 18% do salário mínimo à época dos fatos. O marco deste julgado refere-se ao voto do Min. Celso de Mello, o qual, desenvolvendo questões sobre a intervenção mínima do Direito Penal, definiu critérios objetivos para o reconhecimento da bagatela: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O que hoje se verifica é que a definição desses critérios delimitou, a partir de então, a aplicação da insignificância, não só pelo STF, como também pelos demais tribunais brasileiros. Ocorre que, por mais que sirvam como parâmetros de análise, não se pode afirmar que esses quatro vetores foram capazes de solucionar o problema da falta de precisão do princípio e de definição legislativa sobre o tema. Tais vetores são muito abrangentes, uma vez que são utilizados como parâmetro para diversos casos heterogêneos, de forma que tornam-se imprecisos para uma coesa resolução do caso concreto. “A ausência de parâmetros mais definidos resultou na aplicação díspar do princípio, que ora se alarga, ora se comprime, em uma sequência aleatória de decisões que reflete a dificuldade de trabalhar em um instituto ainda em construção”.⁵²

⁴⁹ BOTTINI. Pierpaolo Cruz et al.. **A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados.** Revista brasileira de ciências criminais. v. 98, set./out., 2012, p. 125.

⁵⁰ BOTTINI. Pierpaolo Cruz et al. **A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados.** Revista brasileira de ciências criminais. v. 98, set./out., 2012. p. 126.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84412**, Relator(a)> Min. CELSO DE MELLO, julgado em 19/10/2004, PUBLIC 19-11-2004

⁵² BOTTINI. op. cit., , p. 126.

Sobre o tema, Paulo César Busato destaca que, em contrapartida à vantagem desses vetores de dar coerência à aplicação da regra da insignificância, eles têm gerado uma verdadeira alienação da interpretação. “Isto é, um engessamento que, não bastasse os riscos que por si só representa, tem se mostrado equivocado, mormente quando se identifica incongruências dentro do próprio acórdão paradigmático”.⁵³ Ao detalhar o acórdão proferido em sede do HC 84412/SP, o autor aponta uma certa carência de fundamentação quanto ao que consiste cada um dos vetores referidos. Tal carência é ressaltada com intuito de se discutir a legitimidade de se transformar aludido julgado em paradigma para a aplicação da regra da insignificância:

“ [...] evidencia-se que, conforme disposto no acórdão, a mínima ofensividade da conduta do agente estaria relacionada a um percentual de salário mínimo então em vigor. Ainda, segundo uma tendência tradicional do direito criminal (atualmente ultrapassado), ignora-se por completo a figura da vítima e da disponibilidade que esta tenha sobre o bem jurídico atingido, daí não se fazer qualquer referência ao que representava para vítima aquele “percentual do salário mínimo então em vigor”. Tais circunstâncias, por si só põem em dúvida a legitimidade de o referido acórdão servir de paradigma para a aplicação da regra em questão”⁵⁴

Uma análise mais acurada dos argumentos utilizados pela jurisprudência para afastar ou reconhecer a insignificância, indica que, apesar do princípio ser resultado de uma concepção complexa de tipicidade material, a sua aplicação jurisprudencial atual não parece se escorar em tal compreensão e sim em pretextos distintos e, as vezes, mais pragmáticos. É possível encontrar decisões que discorrem sobre a aplicação do princípio como corretivo de política criminal, bem como, há aquelas que fazem alusões a aspectos totalmente subjetivos condicionados à ideia de periculosidade do autor, concebendo a insignificância como verdadeira excludente de culpabilidade.⁵⁵

No tocante a considerações de política criminal na aplicação do direito, merece destaque a ressalva de que aquelas são de extrema importância no que tange à aproximação das leis à realidade, como quebra de um sistema penal hermeticamente fechado e alheio às verdadeiras necessidades da sociedade. Entretanto, não se trata de mera abertura a critérios políticos criminais na interpretação da lei, como se vê na jurisprudência brasileira absolvições

⁵³ BUSATO, Paulo César. **O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para a aplicação do princípio da intervenção mínima.** Revista Sequencia. n.62,jul 2011.p 107.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática.** Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 220-233.

em razão de uma “boa política criminal”.⁵⁶ É preciso uma conformação desses critérios com a segurança jurídica, como meio de se evitar decisões arbitrárias e díspares.

“Há de se evitar que a eventual postura de se considerarem postulados políticos criminais na aplicação da lei impliquem arbitrariedade (...) Trata-se pois de conseguir acomodação para a política criminal no próprio sistema, sem que se caia na arbitrariedade. Para tanto, o caminho cientificamente correto só pode consistir em deixar penetrar as decisões valorativas político criminais no sistema do direito penal. Por isso, os elementos do delito- tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade- devem ser analisados desde o início sob o prisma da sua função político criminal”⁵⁷

É nesse contexto que deve ser compreendido 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 de necessidade de desriminalização de condutas, que embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal”⁵⁸

Pierpaolo Bottini et al. acrescentam que a expansão da insignificância em direção aos crimes praticados contra bens jurídicos mais difusos, especialmente aqueles contra a ordem econômica, revela a adoção do princípio com diferente escopo: afastar os efeitos dessa expansão do direito penal sobre atividades desenvolvidas pelas camadas economicamente mais favorecidas da sociedade.⁵⁹ Os autores pontuam que houve uma expansão aparentemente democrática do direito penal, como forma de igualar minimamente o tratamento dado aos condenados por crimes comuns com os dos autores dos crimes econômicos, praticados na sua maioria por agentes com maior poder aquisitivo. Assim, o legislador ampliou o alcance da esfera penal às lesões ao fisco, à ordem econômica, ambiental, entre outras.

“ocorre que tal democratização da expansão penal é relativa. Paralelamente ao aumento de rigor no tratamento dos crimes econômicos surgem mecanismos e instrumentos legislativos capazes de minimizar a incidência das normas penais sobre esses delitos, não estendidos ao âmbito da *criminalidade clássica*. Pois bem, a mesma dicotomia pode ser verificada no âmbito da jurisprudência, mas especificamente na aplicação do princípio da insignificância”⁶⁰

Tal distorção na aplicação da insignificância pelos tribunais pátrios denota o risco da importação de doutrinas estrangeiras para o Brasil.⁶¹ Muitas vezes a assimilação dessas

⁵⁶ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 38.

⁵⁷ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 39.

⁵⁸ Ibid., p. 58.

⁵⁹ BOTTINI. Pierpaolo Cruz et al. **A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados.** Revista brasileira de ciências criminais. v. 98, set./out., 2012, p. 128.

⁶⁰ Ibid., p. 129.

⁶¹ MARTINES, Fernando. **Juristas criticam importação cega de doutrinas alemãs para o Brasil.** Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2018-mai-22/juristas-criticam-importacao-cega-doutrinas-alemas-brasil>> Acesso em 23 de maio de 2018.

doutrinas torna-se problemática, já que envolve circunstâncias históricas e políticas diferentes daquelas de outros países. Nesse sentido, destaca-se fundamental papel da estrutura política de determinada sociedade nas escolhas a respeito do melhor desenho teórico a ser adotado no tocante aos princípios jurídicos:

“(...) resulta fundamental pensar a organização social e, de consequência, a estruturação do seu controle, a partir dos princípios informativos que representem a escolha política de uma determinada sociedade em certo grau de desenvolvimento histórico. Assim, todo o controle jurídico-normativo resta submetido a uma *carta de princípios*, a qual positivada ou não, condicionará toda a interpretação das estruturas de controle social, inclusive aquela exercida juridicamente”⁶²

É visível que inúmeros fatores contribuem para o delineamento da aplicação do princípio da insignificância na praxe forense. Como apontado anteriormente, o princípio da insignificância pode assumir diferentes contornos, os quais podem se afastar ou se aproximar da sua concepção dogmática como cláusula de atipicidade material. Antes de se fazer uma análise mais detalhada das decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, insta ressaltar algumas pontuações pertinentes realizadas por Yuri Corrêa⁶³ a respeito da operacionalização dogmática da insignificância penal, uma vez considerada ora como instituto exclusivamente processual ora como questão de direito penal material.

O autor enumera as vantagens e desvantagens sistemáticas e político criminais de cada uma das elaborações dadas ao princípio da insignificância com o intuito de elucidar uma melhor forma de se operacionalizar esse instituto, “de modo a garantir que sua aplicação seja marcada tanto pelo fim da correção valorativa, quanto pela segurança jurídica e coerência sistêmica” .⁶⁴

Primeiramente, destaca-se uma possível compreensão da insignificância como corretivo político criminal, de forma que, objetivando justiça e equidade no tratamento de certa situação, se afastasse o plano de incidência da norma penal. A falha dessa concepção reside justamente no fato de que ela fomenta a discricionariedade do julgador a respeito da decisão da insignificância, de forma que se abriria mão de um sistema em nome de um tratamento mais equitativo para o caso concreto. Ou seja, novamente adentra-se na questão

⁶² BUSATO, Paulo César. **O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para a aplicação do princípio da intervenção mínima.** Revista Sequencia.n.62,jul 2011.p.100.

⁶³ LUZ, Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática.** Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 209-233.

⁶⁴ Ibid., p. 211.

de superar um modelo dogmático essencialmente formalista, alheio à realidade social, sem que, para isso, se refugie em modelo de aplicação de leis arbitrárias e casuísticas.

Yuri Correa defende a operacionalização dogmática do princípio da insignificância como questão de Direito Penal material, de forma que a verificação da insignificância passe pela análise do próprio conceito de crime. Tal sistematização viabiliza uma maior segurança jurídica e coerência interna, características do pensamento sistemático, sem se deixar de lado os anseios de efetivação de justiça material no caso em concreto.

São enumeradas três possibilidades de operacionalização material do princípio. A primeira seria estruturá-lo como causa de exclusão de culpabilidade. Os méritos dessa formulação se traduzem no fato de que ela apresenta como vantagem a consideração da insignificância relacionada à questão de necessidade de aplicação da pena ao invés de condicioná-la à abrangência da norma penal. Dessa forma, a conduta insignificante pode ainda ser considerada como crime, mas é insignificante no sentido de não merecer punição, embora reprovável. Outro aspecto positivo apontado foi a vantagem político criminal de preservação do direito de defesa do particular vítima da conduta do autor, vez que esta, ainda considerada como crime, serve como fundamento de defesa. Ilustra-se o caso da legítima defesa, no qual, a conduta do acusado se manteria como agressão injusta, justificando a incidência da legitima defesa como causa de justificação. Como aspecto negativo, se aponta o fato de que tal formulação direciona o foco do Direito Penal às circunstâncias da ação e ao seu autor, em detrimento da conduta em si.

Frente às desvantagens de uma concepção de insignificância que afete o enquadramento de uma conduta à concepção de crime, o autor ressalta a possibilidade de consideração do princípio como excludente de antijuricidade. O princípio seria, portanto, apto a justificar a ação típica praticada. Com isso, afastando-se o foco da punição penal na reprovabilidade do autor, a aplicação da insignificância se amoldaria ao postulado do Direito Penal do Fato. Todavia, em continuidade, ressalta-se:

“[...] no entanto a vinculação do princípio da insignificância ao plano da antijuridicidade traria consigo um paradoxo: por um lado, se tomada como causa supralegal de justificação, teríamos uma violação do princípio da legalidade em matéria penal, que não seria respeitada quando da referência a uma circunstância permissiva excepcional não prevista em lei. Por outro lado, se, ao tentar evitar esse problema, lutássemos pela positivação da insignificância, tornando-a uma causa legal de justificação, correríamos o risco de limitar, mais uma vez, o âmbito de incidência desse princípio, pois estariamos condicionando sua aplicação a uma

série específica de requisitos apresentassem cada uma das previsões de causas de justificação⁶⁵

Somado a essa questão, encontra-se o problema das repercussões de um juízo de antijuricidade no ordenamento jurídico, de forma que a conduta considerada como antijurídica torna-se lícita para todos os ramos do Direito. Assim, ao ser considerada insignificante, determinada conduta não poderia ser penalizada em nenhuma esfera do Direito.

Em sequência, Yuri Corrêa defende que

“uma formulação dogmática mais adequada para a operacionalização do princípio da insignificância deveria ser capaz de funcionar não no âmbito da culpabilidade ou no da antijuridicidade, mas no da tipicidade penal (...) Deste modo, várias das dificuldades até aqui apontadas tornam-se efetivamente superáveis. Em primeiro lugar, porque uma formulação assim concebida, por tratar exclusivamente da insignificância como qualidade própria da conduta ilícita, evita que esta dependa excessivamente de critérios pessoais de seu autor (problema esse verificável na concepção que trata esse princípio no âmbito da culpabilidade). Em segundo lugar, porque tratar a insignificância como causa de exclusão de tipicidade evita ainda que submetamos excessivamente sua aplicação aos requisitos constitutivos das causas de justificação, bem como mantém intacta a distinção entre irrelevância penal e irrelevância jurídica da conduta.”⁶⁶

Feitas essas considerações, o autor apresenta diversas de interpretação do princípio da insignificância dentro do plano da tipicidade jurídico-penal. Passa-se à análise das implicações de uma estrutura da tipicidade formada por dois aspectos cumulativos, o formal e o material, configurando um sistema de delito de caráter duplo. Nesse sistema, primeiramente se tem a subsunção do fato à norma, operando-se um momento estritamente descriptivo. Logo após, há um momento normativo, guiado pela tipicidade material, compreendida por uma valoração da conduta. Partindo desse pressuposto, nota-se uma “sensível limitação à funcionalização do conceito de tipicidade, na medida em que seu momento normativo está restrito a atuar somente após o momento descriptivo, isto é, como mero complemento deste”⁶⁷. Ou seja, o enquadramento típico-material da conduta é algo feito após o juízo de subsunção logico- formal daquela, de forma a insignificância encontra-se atrelada ao momento descriptivo anteriormente realizado.

Como solução, é apresentada uma concepção da dogmática pensada como teoria da imputação. “Trata-se de fornecer uma estrutura que sirva de orientação ao processo de

⁶⁵ LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática.** Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 217.

⁶⁶ LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática.** Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p.218.

⁶⁷Ibid., , p. 233.

valoração da danosidade social de um comportamento”.⁶⁸ Assim, conclui que, antes de se aferir a tipicidade, a lesividade da conduta deve ser levada em conta, de forma que “o princípio da insignificância deixará de ter um mero papel corretivo, para então se tornar um instrumento de suma importância no processo de imputação, capaz de determinar globalmente o que é um fato típico.”⁶⁹

Ante o exposto, passa-se à análise da conformação jurisprudencial da insignificância por meio de um estudo das linhas gerais utilizadas nas decisões mais recentes proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal nos delitos de furto e descaminho. Busca-se identificar os argumentos utilizados para legitimar decisões proferidas por esses tribunais que muitas vezes se contrastam e resultam desproporcionais, cedendo espaço à grande insegurança jurídica.

2.2 Da Análise da jurisprudência

2.2.1 A aplicação da insignificância ao delito de furto

Ao se analisar, primeiramente, a aplicação do princípio da insignificância aos delitos patrimoniais, mais especificamente os casos de furto, observa-se um cenário controverso. No Habeas Corpus 155920/MG⁷⁰, o relator Ministro Celso de Mello, evocando precedentes, absolve a ré reincidente, vez que este tentou subtrair para si duas peças de queijo Minas avaliadas no valor de R\$ 40,00, o que, aliado à restituição dos objetos subtraídos à vítima (um supermercado), configuram fato insignificante.

Cabe ressaltar que o julgado enfatiza a conexão da insignificância, como excludente de tipicidade, com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal. Trabalha ainda a relevância material da tipicidade penal sob a perspectiva dos quatro vetores anteriormente citados: da mínima ofensividade da conduta do agente, da nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e da inexpressividade da lesão jurídica provocada. Assim, fundamentado em precedentes do próprio STF, conclui que

⁶⁸ Ibid., p. 227

⁶⁹ LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática.** Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 228.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 155920**, Relator(a)> Min. CELSO DE MELLO, julgado em 27/04/2018, PUBLIC 03-05-2018 .

“A análise objetiva do caso em exame conduz ao reconhecimento da configuração, na espécie, do fato insignificante, a descharacterizar, no plano material, a tipicidade penal da conduta em que incidiu a ora paciente, eis que estão presentes todos os vetores cuja ocorrência autoriza a aplicação do postulado da insignificância. Com efeito, o exame da presente impetração justifica a aplicabilidade, ao caso, como anteriormente acentuei, do princípio da insignificância, pois os autos revelam que se trata de condenação penal pela prática do delito de furto simples, em sua modalidade tentada (CP, art. 155, “caput”, c/c o art. 14, II), que teve por objeto 02 (duas) peças de queijo avaliadas, em seu total, em aproximadamente R\$ 40,00 (quarenta) reais !!! (...) Vale registrar, por relevante, em função da própria “ratio” subjacente ao princípio da insignificância, que a subtração patrimonial, meramente tentada, foi praticada, no caso, em um supermercado pertencente a uma sociedade empresária, sem violência física ou moral a quem quer que seja. (...) Importante registrar, finalmente, que a mera circunstância de ser a ora paciente reincidente não basta, por si só, para afastar o reconhecimento, na espécie, do denominado “delito de bagatela”.⁷¹

Ao se analisar o inteiro teor da decisão, é possível fazer, por oportuno, uma primeira ressalva no sentido de que observa-se toda uma movimentação do aparato estatal até chegar no Supremo Tribunal Federal, ultima instância, de um caso de furto de ínfimo valor (R\$ 40,00), o qual, até então, não foi considerado fato típico unicamente em razão da paciente ser reincidente. O Superior Tribunal de Justiça nega o reconhecimento da insignificância sob o fundamento de que o crime tratado nos autos não é fato isolado na vida da ré e que, de acordo com o julgado, o entendimento se coaduna com a jurisprudência daquele tribunal.

Por meio desta exposição, observa-se o afastamento da aplicação da insignificância da forma como ela foi desenvolvida dogmaticamente na teoria do delito, isto é, como excludente de atipicidade da conduta. O aludido corolário relaciona-se à lesão causada ao bem, não devendo ser sopesadas no juízo de tipicidade características da vida pregressa do agente, assim como a reprovabilidade da conduta e a periculosidade social da ação. As referências aos aspectos do agente, como maus antecedentes, reincidência, possuem importância tão somente na fase de aplicação da pena, a qual só ocorre após o juiz passar pelas três fases do processo de conhecimento do delito, quais sejam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Uma vez considerada insignificante, a conduta sequer fomentaria uma condenação.

Ademais, ao se considerar elementos como a periculosidade social do autor na análise da lesividade da conduta, se incorre em uma interpretação da insignificância em termos de culpabilidade, o que condiciona a sua aplicação à ideia de reprovabilidade do autor, ainda que a conduta seja insignificante do ponto de vista objetivo. O mesmo se pode dizer das considerações a respeito do furto famélico, uma vez que, ao aplicarem a insignificância a esses

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 155920, Relator(a)> Min. CELSO DE MELLO, julgado em 27/04/2018, PUBLIC 03-05-2018

casos, a jurisprudência não sopesa a ofensividade da conduta sob seus aspectos objetivos, mas sim “as circunstâncias próprias do autor (no caso, a necessidade vital que motiva o crime) é que imprimiram irrelevância penal ao fato”.⁷²

Ao se analisar condições subjetivas do agente específico ao invés da conduta em si, se insiste em um Direito Penal do autor, no qual não se pune o fato e sim circunstâncias pessoais do agente.

“reconhecer essa faceta objetiva da insignificância parece algo coerente com o princípio do “Direito penal do fato”, segundo o qual a gravidade de uma infração deve ser buscada na própria conduta, e não em seu autor ou em fatos pregressos. isso posto, basta um olhar crítico sobre muitos julgados que tratam da aplicação do princípio da insignificância em termos de culpabilidade para se perceber que, ao serem incorporados, na análise da lesividade da conduta, elementos como a consciência de ilicitude do autor ou sua periculosidade, muitos juízes brasileiros vêm confundindo a reprobabilidade pessoal do agente com insignificância do fato em si. Tal erro teórico, se levado a cabo, pode ser muito perigoso, porque acabaria por afastar a insignificância quando o acusado fosse, por exemplo, reincidente, ainda que sua conduta seja absolutamente irrelevante, se vista sob um aspecto objetivo”⁷³

De outro lado, é possível apontar a ausência de um critério uniforme de aplicação do princípio, de forma a comprometer a denominada segurança jurídica. Há julgados do próprio STF que possuem decisões que, embora se apliquem a situações bastante semelhantes, são totalmente contrárias àquela proferida nos autos do HC 155920/MG citado anteriormente. O HC 137838⁷⁴ ilustra muito bem tal controvérsia. Trata-se de caso de tentativa de furto de um pedaço de picanha avaliado no valor de R\$ 40,80, no qual, apesar da restituição da mercadoria ao estabelecimento comercial, o réu foi condenado e sua condenação foi mantida até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse julgado, em específico, para negar a atipicidade material do furto, o relator se utiliza de argumentos e precedentes diversos:

“À luz dessas premissas, em ampla análise à conduta do paciente, não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, considerados os registros do Tribunal local de que o paciente é “reincidente, possui maus antecedentes e ostenta outras 2 (duas) condenações transitadas em julgado também por crime contra o patrimônio”. Essa conclusão não destoa do entendimento firmado pelo Plenário e do que têm decidido as Turmas deste Tribunal: HC 118.028, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 17/12/2013 e HC 133252, Relatora Min. CÂRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe

⁷² LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática.** Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 213.

⁷³ LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática.** Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 215.

⁷⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 137838**, Relator(a) Min. ALEXANDRE DE MORAES , julgado em 31/10/2017, PUBLIC 07-11-2017

de 8/4/2016[...] Nesse contexto, não se verifica ilegalidade apta a desconstituir a decisão ora impugnada, ao menos neste particular”⁷⁵

Por meio dos dois casos expostos, constata-se que ambas as situações são praticamente idênticas, até mesmo o valor da coisa furtada se aproximam. Os dois tratam de crimes não consumados com consequente restituição do bem à vítima, ambas consistentes em estabelecimento comercial. Não há, portanto, diferença relevante que justifique decisões tão destoantes como essas. Embora as duas façam alusões ao princípio da insignificância, somente a primeira analisou a conduta em si sem se deixar que aspectos subjetivos do agente influíssem na lesividade da conduta. Ocorre que, tanto para um entendimento, como para outro, há precedentes da própria Suprema Corte para embasar o julgado. Há uma inexatidão argumentativa que provoca enorme incerteza jurídica e implica decisões injustas e extremamente conflitantes entre si, vez que “as bases sobre as quais se aplica a jurisprudência da insignificância não são precisas, e os precedentes não raro conflitam entre si em diversos aspectos, como assinalado”.⁷⁶ Importante reflexão merece ressalva no sentido de que

“se deixarmos a aplicação do princípio da insignificância refém desse tipo de “frouxidão” argumentativa, não estaremos apenas enfraquecendo seu potencial de ressonância no sistema: também estaremos fazendo com que a decisão sobre a insignificância possa ser tomada somente com base no juízo subjetivo do aplicador, sem que sejam observadas regras fundamentais do Direito penal contemporâneo.”⁷⁷

Por sua vez, cumpre ressaltar julgados em que, mesmo sendo o agente primário, não se considerou sua conduta como irrelevante para o direito penal, apesar do valor do bem e das circunstâncias concretas do caso indicarem o contrário. O HC 139.738⁷⁸ relata situação semelhante em que o réu era primário e havia furtado uma blusa de frio avaliada em R\$ 99,00. Tal valor não foi considerado irrisório pelas instâncias inferiores por ser considerado correspondente a mais de 19% do salário mínimo vigente à época dos fatos. O STF manteve a condenação com base no que foi decidido anteriormente sob o argumento de que “não há como atestar a insignificância da subtração sem revolver fatos e provas, providência que não se admite na via eleita.”⁷⁹ Insta destacar que o bem havia sido restituído à vítima e, inclusive, o magistrado de piso havia absolvido o acusado. Entretanto, na própria decisão, o relator faz alusão à aferição

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 137838**, Relator(a) Min. ALEXANDRE DE MORAES , julgado em 31/10/2017, PUBLIC 07-11-2017

⁷⁶ BOTTINI. Pierpaolo Cruz e outros. **A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados.** Revista brasileira de ciências criminais. v. 98, set./out., 2012, p. 127

⁷⁷ LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática.** Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 211.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 139738**, Relator(a) Min.EDSON FACHIN ,Segunda Turma julgado em 22/02/2017, PUBLIC 23-02-2017

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 139738**, Relator(a) Min.EDSON FACHIN ,Segunda Turma julgado em 22/02/2017, PUBLIC 23-02-2017

da insignificância por meio da análise do desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, conclusão que, pelo visto, foi tomada pela fato de “as instâncias ordinárias não concluirão ser irrisório o valor do bem”.⁸⁰

Todavia, não é preciso muito esforço para encontrar julgados do próprio tribunal que consideraram insignificantes valores muito mais expressivos do que o constatado no caso mencionado e que representavam uma maior porcentagem do salário mínimo, restando evidente tamanha desproporcionalidade das decisões proferidas a respeito do princípio:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE TENTATIVA DE FURTO DE UM APARELHO CELULAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA. I – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a ação atípica exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. II – In casu, tenho por preenchidos os requisitos necessários ao reconhecimento do crime de bagatela. Embora o valor do objeto material da infração não possa ser considerado inexpressivo, pois o aparelho celular foi avaliado em R\$ 200,00, deve-se destacar que se trata de tentativa de furto e que o bem foi encontrado pelos policiais e restituído ao seu proprietário, que não experimentou nenhum prejuízo relevante, tampouco a sociedade. III – Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta. (HC 114241, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 26/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 12-03-2013 PUBLIC 13-03-2013)⁸¹

Ementa: HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. FURTO SIMPLES DE BEM AVALIADO EM VALOR POUCO EXPRESSIVO E RESTITUÍDO DE FORMA QUASE IMEDIATA. RÉU PRIMÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a incidência do princípio da insignificância é condicionada aos seguintes elementos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) ausência de periculosidade social da ação; (iii) grau de reprovabilidade do comportamento muito reduzido; (iv) inexpressividade da lesão ao bem jurídico protegido (HC 115.246, Rel. Min. Celso de Mello). 2. O furto simples de uma bicicleta avaliada em R\$ 200,00 (duzentos reais) não viola, de forma significativa, o bem jurídico tutelado pelo art. 155 do Código Penal. 3. Habeas Corpus extinto por inadequação da via processual. 4. Ordem concedida de ofício para restabelecer a decisão de primeiro grau.⁸²

2.2.2 Da necessidade da aplicação casuística da insignificância

⁸⁰ Ibidem

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal **HC 114241**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 26/02/2013, DIVULG 12-03-2013 PUBLIC 13-03-2013

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federa. **HC 1106458**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/10/2013, DIVULG 25-10-2013 PUBLIC 28-10-2013

Importante decisão do Ministro Rogério Schietti⁸³ merece destaque, uma vez que nela se desenvolveram conceitos trabalhados pela doutrina de importante monta para a aplicação do princípio da insignificância. No teor da decisão, o relator trabalhou aspectos da tipicidade material, da “necessidade, como base justificadora e legitimadora da sanção penal”, bem como a exigência na jurisdição criminal de uma

“singularização do caso julgado, de modo a construir-se artesanalmente a decisão, externando, mercê da suficiente motivação do ato, as razões que levaram o órgão competente a, apreciadas as questões fáticas, com suas particularidades, escolher, entre as possíveis interpretações jurídicas, a que melhor o conduziu à justa aplicação do direito ao caso concreto”⁸⁴

Nesse contexto, o relator consigna que para a delimitação do âmbito da aplicação da insignificância deve ser avaliado o valor do bem ou dos bens furtados, a situação econômica da vítima, as circunstâncias em que o crime foi perpetrado e a personalidade e as condições pessoais do agente. Acrescenta ainda que “o princípio da insignificância nada mais é do que uma manifestação, no plano jurisdicional, da política criminal do Estado, permeável aos valores cultivados pela sociedade, em seu tempo e espaço”⁸⁵.

Resta evidente pela análise dessa decisão o desvirtuamento da implicação dogmática do princípio da insignificância pela jurisprudência. Nota-se que o julgado, por mais que desenvolva a questão da materialidade típica do fato à luz da sua mínima ofensividade jurídica, ainda trabalha o reconhecimento da insignificância como fator político-criminal em detrimento da sua “mera aplicação dogmática” o que, por certo, já o afasta bastante da forma como foi idealizado pela dogmática alemã. É sob essa perspectiva que o relator não condena a consideração de aspectos subjetivos da vida pregressa do agente para o reconhecimento da insignificância, desde que seja feita criteriosa verificação desses atos pretéritos:

“Se do ponto de vista da mera dogmática penal esses fatos não poderiam ser considerados como óbice ao reconhecimento da insignificância penal – por aparentemente sinalizar a prevalência do direito penal do autor e não do fato – não me parece deva o juiz, na avaliação da conduta formalmente correspondente a um tipo penal, ignorar o contexto que singulariza a conduta como integrante de uma série de outras de igual natureza, as quais, se não servem para caracterizar a continuidade delitiva, bem evidenciam o comportamento humano avesso à norma penal e ao convívio respeitoso e harmônico que se espera de todo componente de uma comunhão social. (...) Assim, conquanto respeite os argumentos dogmáticos que não coonestam essa jurisprudência, alio-me aos que, por razões derivadas predominantemente de política criminal, não admitem a incidência do princípio bagatilar em casos nos quais o agente é contumaz autor de crimes contra o patrimônio, ressalvadas, vale registrar,

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 259282**, Relator(a): Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 01/10/2013, PUBLIC 05-02-2014

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 259282**, Relator(a): Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 01/10/2013, PUBLIC 05-02-2014

⁸⁵ I BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 259282**, Relator(a): Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 01/10/2013, PUBLIC 05-02-2014

as hipóteses em que a inexpressividade da conduta ou do resultado é tão grande que, a despeito da existência de maus antecedentes, não se justifica a utilização do aparato repressivo do Estado para punir o comportamento formalmente tipificado como crime”⁸⁶

Ainda que não afaste as premissas de um Direito Penal do autor, essa decisão traz elemento importante, vez que faz uma distinção entre os diversos aspectos pregressos da vida do autor a serem considerados. Há uma razoabilidade mínima nos seus argumentos ao sopesar diferentemente o delito precedente para que seja classificado como fator impeditivo da aplicação do princípio da insignificância. Por exemplo, o HC 126.866⁸⁷, relata caso de furto de peças automotivas, avaliadas em R\$ 4,00, em que o paciente foi condenado nas outras instâncias por possuir registros criminais (homicídio). Nota-se que apesar de ínfimo valor do bem furtado, o fato do agente ter registros criminais relacionados a crime totalmente divergente do patrimonial, a sua conduta foi considerada típica até ser reconhecida a insignificância pela Suprema Corte:

“Habeas corpus. 2. Furto (artigo 155, § 4º, inciso IV, do CP)Bens de pequeno valor (sucata de peças automotivas, avaliadas em R\$ 4,00). (...) 3. Registro de antecedentes criminais (homicídio). Ausência de vínculo entre as infrações. Não caracterização da reincidência específica. 4. Aplicação do princípio da bagatela. Possibilidade. Precedentes. Peculiaridades do caso. 5. Reconhecida a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para trancar a ação penal na origem, ante a aplicação do princípio da insignificância”⁸⁸

Por mais que utilizar-se de condições subjetivas do agente se torne algo contrário ao que foi idealizado pela insignificância como cláusula de atipicidade material, não se pode deixar de reconhecer que considerar registros criminais da vida pregressa do réu que em nada se assemelhem ao delito analisado no caso em comento se torna ainda mais absurdo. A decisão de relatoria Ministro Rogério Schietti traz discussão de relevo ao ponderar sobre a necessidade de análise de caso a caso para aplicação do princípio, sob pena de se incorrer em decisões totalmente descabidas (até mesmo para uma operacionalização do princípio afastada de uma concepção objetiva da insignificância).

O mesmo se pode dizer a respeito das qualificadoras como obstáculos *a priori* ao reconhecimento da bagatela. Não é razoável excluir a insignificância de determinada conduta porque ela foi cometida em concurso de pessoas, por exemplo. Chega-se a emblemáticos casos

⁸⁶ Ibidem

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal.**HC 126866**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/06/2015, PUBLIC 22/6/2015.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal.**HC 126866**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/06/2015, PUBLIC 22/6/2015.

como o da faxineira que furtou um bombom pertencente a um Delegado da Polícia Federal, em Boa Vista⁸⁹, no qual defendia-se a hipótese de afastamento da insignificância em razão do furto ser qualificado, por abuso de confiança, no caso. O mais espantoso é que não faltavam à vítima precedentes para embasar os seus argumentos, de forma que as discussões a respeito da razoabilidade de tais considerações cedem espaço à mera submissão aos precedentes.⁹⁰

Frente a essa realidade, ressalta-se o risco da aplicação generalizada do princípio. Por mais que, ao se definir que a insignificância não se aplica em furtos qualificados ou em que o agente seja reincidente ocasione certa uniformização na operacionalização do aludido postulado, a sua aplicação apriorística gera situações absurdas. É sob esse ponto de vista que há aqueles que defendem uma análise casuística do seu enquadramento, cada caso traz inúmeras particularidades que, seguindo a lógica da consagração da insignificância pela jurisprudência brasileira, afetam o reconhecimento da lesividade da conduta.

Paralelamente à aplicação generalizada da insignificância, existe a questão de eventual positivação do princípio. Constata-se um paradoxo existente entre uma definição legislativa do tema e a imprecisão na sua aplicação. Ao positiva-lo, não obstante os méritos que isso traria para contornar os riscos da imprevisibilidade de decisões lastreadas meramente na discricionariedade do julgador, também se enfrentariam problemas relacionados à sua limitação. Ao se restringir sua aplicação a uma série de requisitos específicos, muitas situações concretas ficariam fora do seu alcance. Volta-se novamente à questão da melhor forma de operacionalização da insignificância, vez que cada situação traz elementos particulares que influenciam o contexto de análise, de forma que o engessamento desse princípio encontraria entraves na heterogeneidade de cada caso concreto, como ilustrado anteriormente.⁹¹

2.2.3 As considerações a respeito da vida pregressa do autor e o direito ao esquecimento

Para além do que foi apontado anteriormente a respeito das considerações subjetivas sobre a personalidade do autor, merece relevo outro aspecto importante: o tempo como

⁸⁹ AZEVEDO, Rita. **Faxineira é autuada por furto após comer bombom de delegado.** Disponível em:<<https://exame.abril.com.br/brasil/faxineira-e-autuada-por-furto-apos-comer-bombom-de-delegado>> Acessado em: 27 de maio de 2018.

⁹⁰ RIBEIRO, Gustavo de Almeida. **O furto do bombom e o princípio da insignificância.** Disponível em:<<https://gustavoalmribeiro.wordpress.com/2015/11/02/o-furto-do-bombom-e-o-princípio-da-insignificância/>> Acessado em 27 de maio de 2018.

⁹¹Ibidem

elemento garantidor do direito ao esquecimento. Por essa perspectiva, busca-se a proteção da dignidade humana do agente, não obstante tenha cometido delitos em sua vida pregressa, de forma que sua personalidade não esteja perpetuamente vinculada a um aspecto negativo do passado.

Como ilustrado nos casos acima expostos, a praxe jurídica denota o uso de precedentes para fundamentar uma ideia de periculosidade social do autor e, assim, repelir o reconhecimento da insignificância. Ocorre que esse contexto revela uma estigmatização social do acusado que o mantém vinculado eternamente a fatos pregressos. Nessa seara se insere o direito ao esquecimento, posto que ninguém pode ser penalizado para sempre, inclusive, é sob esses fundamentos que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe a pena perpétua.⁹²

Diante disso, é preciso analisar com cuidado os fundamentos utilizados pelos aplicadores do direito ao respaldar uma condenação com base em delitos anteriormente cometidos. Isto se dá, uma vez que existe um limite temporal legal para a configuração de reincidência de cinco anos, de forma que, assim como reconhece o Supremo Tribunal Federal, deve-se reconhecer também para a configuração de antecedentes:

“O condenado que cumpriu a sua pena e uma vez suplantado os limites para possível declaração de reincidência, sem cometer novas infrações, tem direito a que o Estado, pelo menos no aspecto formal, elimine qualquer consequência estigmatizante da condenação cumprida, que se apresenta como totalmente contraproducente para sua reincorporação numa vida moral”⁹³

Dessa forma, paralelamente, se até mesmo para a reincidência, que é considerado algo mais grave para o direito penal, há limites temporais fixados em lei, não se justifica a utilização desregrada dos aspectos da vida pregressa do agente para afastar a aplicação do princípio da insignificância. Há de se observar os parâmetros impostos para aqueles institutos como medida de proteção ao direito do indivíduo à dignidade humana, que aqui se perfaz pelo direito ao esquecimento.⁹⁴

A Suprema Corte já reconheceu a aplicação desse instituto na seara penal, é como se pode observar no julgamento do RHC 118.977/MS⁹⁵, o qual versava a respeito da fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão de maus antecedentes em condenações com trânsito

⁹² MAURMO, Julia Gomes Pereira. **Direito ao esquecimento e condenações penais: outras perspectivas sobre o tema**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 184

⁹³ ZAFFARONI, Raul Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume I, parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p.732

⁹⁴ MAURMO, op. cit. p. 186-187

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 118977**. Min. Relator(a) DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, PUBLIC 04-04-2014

em julgado há mais de cinco anos. No teor da decisão, o relato faz alusão explicitamente ao direito do réu ao esquecimento:

“Com efeito, a interpretação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal deve ser no sentido de se extinguirem, no prazo ali preconizado, não só os efeitos decorrentes da reincidência, mas qualquer outra valoração negativa por condutas pretéritas praticadas pelo agente. Penso que eventuais deslizes na vida pregressa de sentenciado que, no prazo de cinco anos, contados da extinção de pena anterior que lhe tenha sido imposta, não tenha voltado a delinquir não possam mais ser validamente sopesados como circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59), sob pena de haver perpetuação de efeitos que a lei não prevê e de se ferirem os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e do caráter socializador da reprimenda penal (...) **O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado “direito ao esquecimento”, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta.** Para tanto delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos para o desaparecimento dos efeitos da reincidência (CP, art. 64). Se essas condenações não mais prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que é o menos.”⁹⁶

O mesmo se extrai do voto do Ministro Gilmar mendes no HC 126.315⁹⁷, no qual o relator reconhece ilegal a exasperação da pena-base com fundamento em condenações transitadas há mais de cinco anos, assim como aplica a causa de diminuição do §4 do art. 33, da lei 11.343/06, evocando o direito ao esquecimento do réu:

“Nessa perspectiva, por meio de cotejo das regras basilares de hermenêutica, constata-se que, se houve o objetivo primordial de afastar a pena perpétua, reintegrando o apenado no seio da sociedade, com maior razão deve-se aplicar tal raciocínio aos maus antecedentes. Advirto, outrossim, que o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão na legislação, tampouco em nossa Carta Maior, tratando-se de analogia in malam partem, método de integração vedado no ordenamento jurídico. É que, em verdade, assiste ao indivíduo o “direito ao esquecimento”, ou “direito de ser deixado em paz”, alcunhado, no direito norte-americano de “the right to be let alone”. O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade”⁹⁸

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, mesmo reconhecendo, contrariamente ao STF, que condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes, vem recentemente aplicando o aludido postulado:

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 118977**. Min. Relator(a) DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, PUBLIC 04-04-2014

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126315**. Min. Relator(a) GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, PUBLIC 07-12-2015

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126315**. Min. Relator(a) GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, PUBLIC 07-12-2015

RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA. PENA EXCLUSIVA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 17 DA LEI N. 11.340/2006. ANOTAÇÃO NA FAC DO RECORRENTE COM TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE 20 ANOS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE. 1. Conforme previsão do art. 17 da Lei Maria da Penha, não é cabível, em hipóteses de violência ou grave ameaça contra a mulher no âmbito doméstico, a aplicação somente da pena de multa, ainda que o crime pelo qual o réu foi condenado tenha previsão alternativa dessa espécie de sanção. Precedentes. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base. Entretanto, quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, como no presente caso, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento. 3. Não se pode tornar perpétua a valoração negativa dos antecedentes, nem perenizar o estigma de criminoso para fins de aplicação da reprimenda, pois a transitoriedade é consectário natural da ordem das coisas. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes. 4. Recurso especial provido em parte a fim de afastar a aplicação exclusiva da pena de multa. Determinado o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para imediata execução da pena imposta.⁹⁹

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N° 11.343/06. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES ANTERIORES ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. LONGO DECURSO DE TEMPO. EXCEPCIONALIDADE. AFASTAMENTO DA VETORIAL. FEITOS EM CURSO. PROPENSÃO PARA O TRÁFICO. INOCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal. 2. Entretanto, à luz do princípio da razoabilidade e da teoria do direito ao esquecimento, tendo em vista o longo período decorrido desde as condenações (aproximadamente 20 anos), deve ser afastada a valoração negativa dos antecedentes. 3. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". 4. Na espécie, contudo, os feitos em curso dizem respeito a imputações por delitos de menor potencial ofensivo e crimes cometidos no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, nada com força a indicar a propensão do agente para o tráfico de drogas e, via de consequência, obstar a aplicação do privilégio. 5. Habeas corpus concedido, a fim de, afastados os óbices utilizados para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, determinar ao Tribunal de origem que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código

⁹⁹ BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. REsp 1707948. Min. Relator(a)ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 10/04/2018, PUBLIC 16-04-2018

Penal, e de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal.¹⁰⁰

Destarte, conclui-se pela fundamental importância do reconhecimento do direito ao esquecimento nos casos de insignificância que envolvem reiteração delitiva. Por mais que os tribunais continuem a utilizar características subjetivas do autor para fundamentar o afastamento da tipicidade penal, as premissas do direito ao esquecimento ao menos fixam limites a essas considerações. Se defende aqui, portanto, a tutela da personalidade do agente, de forma que sua subjetividade não fique para sempre marcada pela mácula da periculosidade social.

2.2.4 A aplicação da insignificância ao delito de descaminho

Enquanto nos crimes patrimoniais o valor da insignificância é algo ainda totalmente controverso, nos delitos de descaminho, entretanto, é possível notar uma maior objetividade na aferição da bagatela, vez que o valor a ser considerado ínfimo é fixo (R\$ 20.000)¹⁰¹. Para além dessa questão quantitativa, é visível, entretanto, que o cenário desses crimes não se diferencia daquele ilustrado pelos crimes patrimoniais em relação a considerações de aspectos subjetivos do agente para dimensionar a lesividade da conduta.

Para exemplificar, examina-se o Habeas Corpus 130.453¹⁰² julgado pelo STF. Trata-se de caso no qual o paciente foi denunciado pela prática, em três dias distintos, do delito de descaminho, configurando o valor de R\$ 262, 53 de tributos elididos. Apesar de todas as mercadorias terem sido declaradas perdidas em favor da Fazenda Pública Federal, o STJ manteve a condenação do réu fundamentando que “não obstante o pequeno valor do tributo devido, o que releva na hipótese é o maior desvalor da conduta, caracterizado pela habitualidade delitiva”.¹⁰³

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **HC 391015**. Min. Relator(a) MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/05/2017, PUBLIC 24-05-2017

¹⁰¹ BRASIL. Ministério da fazenda. Portaria n. 75/2012. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/p_ortmf075.htm> Acessado em: 20 de maio de 2018

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 130453**. Min. Relator(a) EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017, PUBLIC 23-08-2017

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 130453**. Min. Relator(a) EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017, PUBLIC 23-08-2017

Ao analisar o caso, a Suprema Corte, evocando precedentes do próprio tribunal reconhece a atipicidade da conduta sob o entendimento de que a reiteração delitiva, por si só, não é fundamento automaticamente impeditivo à incidência do princípio da insignificância:

“Dessa forma, entendo que, se é possível concluir pelo reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente mesmo em caso de reiteração ou reincidência do crime de furto, com muito mais razão podemos chegar à mesma conclusão no crime de descaminho. Com efeito, as especificidades da situação fática apresentada devem ser sopesadas a fim de ponderar a incidência, ou não, da insignificância, evitando-se juízo apriorístico que se desprende das minúcias do caso concreto. Assim, a reiteração delitiva, por si só, não é fundamento automaticamente impeditivo à incidência do princípio da insignificância. O paciente iludiu, em tese, o pagamento de tributos em três oportunidades (06.09.2011, 19.10.2011 e 22.10.2011), referente a entrada de mercadorias avaliadas em 253,31, R\$ 174,90 e R\$ 96,83, respectivamente. A meu ver, o irrisório valor somado dos tributos elididos, que sequer alcança R\$ 300,00 (trezentos reais), não torna a conduta do paciente reprovável a ponto de exigir uma resposta penal. (...) Saliento que nas decisões que reformaram o entendimento do Juízo de primeiro grau não há menção sequer a eventual existência de outros procedimentos administrativos fiscais ou processos criminais, o que leva a crer que as condutas em exame representaram fase isolada da vida do paciente, ainda mais considerando o curto lapso temporal entre uma prática e outra”¹⁰⁴

Nota-se que, mesmo reconhecendo a conduta atípica, o relator correlaciona a insignificância com a reprovabilidade da conduta do agente. A reiteração delitiva não configurou empecilho para a aplicação do princípio não porque, segundo as premissas de um Direito Penal do Fato, os aspectos objetivos devem ser desconsiderados, e sim, em razão dela não caracterizar uma habitualidade delitiva. Ou seja, se o autor tivesse outros registros criminais ou fiscais, o teor da decisão poderia ser integralmente diferente.

Constata-se que a jurisprudência permanece atrelada aos aspectos subjetivos do autor. Tal fato se torna de grande peso, à medida que muitas condutas que eram para ser reconhecidas como ínfimas são taxadas como penalmente relevantes, vez que o juízo de tipicidade ultrapassa os contornos da conduta em si. Nesse sentido, Paulo Busato aponta para a necessidade de uma correta significação do termo “conduta”, de forma que esta não se traduza em um *modus vivendi*, mas sim, concretamente, em uma ação que se expresse com um sentido de um tipo ou não. “Não interessa o modo de vida do agente, o seu passado ou o que quer que tenha realizado antes, nem mesmo o modo como leva a vida. Isso não pertence à afirmação de que se trata de um crime”.¹⁰⁵

¹⁰⁴Ibidem.

¹⁰⁵BUSATO, Paulo César. **O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para a aplicação do princípio da intervenção mínima.** Revista Sequencia.n.62,jul 2011.p 114

O HC 123.348¹⁰⁶ traz entendimento no qual a relevância conferida à vida pregressa do agente impede a aplicação do princípio, não obstante o valor do tributo elidido seja menor do que o limite estipulado:

“No delito de descaminho, cujos valores dos tributos devidos sejam abaixo do limite de R\$ 20.000,00 previstos na Portaria do Ministério da Fazenda n.º 75/2012, se comprovada a reiteração criminosa específica ou de figuras assemelhadas tem-se como afastada a aplicação do princípio da insignificância[...]Ainda que se considere o valor do tributo devido abaixo do limite de R\$ 20.000,00 fixado pela Portaria do Ministério da Fazenda n.º 75/2012, cumpre destacar que a reiteração delitiva afasta o requisito do baixo grau de reprovabilidade da conduta e, por conseguinte, a aplicação do princípio da insignificância capaz de tornar atípica a conduta.”¹⁰⁷

Merece ser analisada com grande ressalva essa questão da reiteração delitiva para não se incorrer em conclusões totalmente desarrazoadas e desproporcionais. Ao se considerar que pode ser reconhecido como atípica conduta em que o autor tenha elidido, por exemplo, R\$ 19.750,41 (HC 155347)¹⁰⁸, porém era primário, torna-se injusto negar a atipicidade ao sacoleiro que tenha trazido ao país mercadorias por mais de uma vez sem recolher tributos, só que em um valor bem menor. Apesar de não ser razoavelmente cabível interpretação de que a conduta daquele seja mais ínfima do que deste, é possível encontrar julgados nesse sentido, a exemplo do caso supracitado:

Habeas corpus. Penal. Crime de descaminho (CP, art. 334). Trancamento da ação penal. Pretensão à aplicação do princípio da insignificância. Incidência. Valor inferior ao estipulado pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Preenchimento dos requisitos necessários. Ordem concedida. 1. No crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00, previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002 e atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. 2. Na espécie, como a soma dos tributos que deixaram de ser recolhidos perfaz a quantia de R\$ 19.750,41 e o paciente, segundo os autos, não responde a outros procedimentos administrativos fiscais ou processos criminais, é de se afastar a tipicidade material do delito de descaminho com base no princípio da insignificância. 3. Ordem concedida para se restabelecer o acórdão de segundo grau, no qual se manteve a sentença absolutória proferida com base no art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal.¹⁰⁹

Em contraponto a essa decisão, ilustra-se o caso do HC 133.736¹¹⁰, no qual, apesar do valor de tributos elididos ter sido de apenas R\$ 2.685,00, não se reconheceu a insignificância da conduta em razão da reiteração delitiva. O ministro relator, Gilmar Mendes, ainda faz

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 123348**. Min. Relator(a) MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/09/2017, PUBLIC 25-09-2017

¹⁰⁷ Ibidem

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 155347**. Min. Relator(a) DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018, PUBLIC 07-05-2018

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 155347**. Min. Relator(a) DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018, PUBLIC 07-05-2018

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 133736**. Min. Relator(a) GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, PUBLIC 23-08-2017

ressalvas quanto às implicações dessas considerações subjetivas, entretanto, decide com base no entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal:

“É por isso que reputo mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa, o fato em si e não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato. No entanto, as turmas do STF já se posicionaram no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada: HC 97.007/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 31.3.2011; HC 101.998/MG, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 22.3.2011; HC 102.088/RS, rel. Min. Cármem Lúcia, Primeira Turma, DJe 21.5.2010 e HC 112.597/PR, rel. Min. Cármem Lúcia, Segunda Turma, DJe 10.12.2012”¹¹¹

Nota-se a existência de inúmeros precedentes que corroboram o entendimento da relevância dos atributos inerentes ao agente em termos da configuração da insignificância, os quais, entretanto, se mostram destituídos de mínima razoabilidade. Ou seja, aparentemente, existe uma cadeia de julgados dotados de ressonância jurídica que, apesar de não possuírem qualquer argumento que os legitime em termos de coerência prática e de um direito penal subsidiário, servem de argumento de legitimidade para solucionar casos futuros que versem sobre a mesma controvérsia.

Ainda, merece destaque o uso pela jurisprudência de registros de processos administrativos-fiscais em desfavor do réu para negar-lhe o reconhecimento da insignificância. Ilustra-se o caso do Recurso Especial nº 1.729.206¹¹² em que a ré, primária e com bons antecedentes, não foi absolvida pelo Superior Tribunal de Justiça, por ter suprimido tributo na quantia de R\$ 944, 51, em razão da existência de processos administrativos em seu nome. Para além da questão já trabalhada a respeito de considerações subjetivas do agente, ressalta-se que o uso desses registros, os quais não possuem condenação transitada em julgado, para afastar a insignificância contraria o princípio constitucional de presunção de inocência. Dessa forma, não se pode utilizar o argumento da habitualidade delitiva contra a ré, já que, até que seja proferida condenação com transito em julgado, ela é inocente. Trata-se de fundamentação inidônea.

Diante da exposição dos julgados, revela-se que a praxe jurídica atual em muito se incompatibiliza com a efetivação de garantias fundamentais características de um Estado de Direito. Mais alarmante ainda é notar que até mesmo o Supremo Tribunal Federal, Corte

¹¹¹ Ibidem

¹¹² BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1729206**. Min. Relator(a) JOEL ILAN PACIORKIK, Quinta Turma, julgado em 24/05/2018, PUBLIC 30-05-2018

constitucional, profere decisões destoantes e infundadas a respeito de um princípio limitador do poder punitivo estatal. Nota-se que prevalece nesses julgados um discurso centralizado na periculosidade do autor em detrimento da ideia da ofensividade ao bem jurídico como elemento restritivo da punição penal.

Ocorre que, evidentemente, há uma relação específica entre um Estado de Direito, corolário do princípio da intervenção mínima, e a necessidade de afirmação de uma dimensão material do tipo. Quando se observa, todavia, a conformação jurisprudencial da insignificância como algo a ser considerado para além do fato em si, tratando o agente sobre os termos da periculosidade, se insiste substancialmente nas premissas de um Direito Penal do autor e totalitário.

Um sistema penal garantista, no qual a legitimidade de poder está intrinsecamente atrelado ao seu ônus humanista, deve conformar-se por hipóteses processuais baseadas em juízos probatoriamente demonstrados e que comportem contrariedade. Sob esta perspectiva, é preciso ponderar sobre a legitimidade de um Direito Penal do autor, o qual fundamenta sua condenação sob os critérios da personalidade, visto que os juízos de periculosidade não comportam a epistemologia garantista, estabelecendo uma situação de fato inverificável e processualmente incomprovável pela impossibilidade empírica de experimentação, “ferindo a taxatividade, principal garantia do direito e do processo penal por estabelecer variáveis e limites à interpretação da norma e à atuação processual”.¹¹³

CAPÍTULO 3

DIREITO PENAL DO AUTOR

3.1 A perspectiva do Direito Penal do autor no discurso do STJ e STF na conformação do princípio da insignificância

O capítulo anterior contextualiza por meio dos julgados analisados a realidade punitiva característica dos discursos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a respeito do princípio da insignificância. Nota-se que ainda não há uma construção de critérios objetivos para determinação da insignificância do bem jurídico, de forma que há inúmeros julgados destoantes entre si que implicam tamanha insegurança jurídica. O que se pode, entretanto, retirar como traço característico de uma maioria esmagadora dos julgados é a

¹¹³ CARVALHO, Salo de. Penas e garantias. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2003. p. 140.

subjetivação da aferição da lesividade da conduta com base em critérios característicos da personalidade do autor. Como já apontado anteriormente, utiliza-se a ideia de periculosidade do agente como justificante da coerção penal, de forma a afastar o reconhecimento da bagatela.

O cerne da questão trabalhada ao longo desta pesquisa reside justamente no fato de que a utilização de elementos subjetivos do autor para a criminalização de condutas não encontra qualquer compatibilidade com a Constituição de um Estado de Direito, uma vez que a análise da gravidade de uma conduta merecedora da tutela penal subordina-se ao exame do próprio autor e não somente do ato praticado. Tal discurso que assimila a incompatibilidade entre aspectos da vida pregressa do agente e a insignificância consiste substancialmente em um discurso do Direito Penal do autor, o qual penaliza personalidades dotadas de uma ideia de “periculosidade”, característica de um sistema penal seletivo.

É possível perceber que há claramente um forte rigor na repressão dos delitos apontados anteriormente, nos quais geralmente figuram como agentes pessoas de menor poder socioeconômico. Diferentemente do que se observa nos denominados “crimes de colarinho branco”, os quais, inclusive, são em sua maioria extremamente mais graves e lesivos à sociedade. A prática demonstra que apenas os integrantes das classes menos favorecidas são atingidos com a imposição de uma pena, em evidente desconformidade com a ideia liberal de que a prisão é instituto igualitário e que a liberdade é comum a todos.¹¹⁴ É evidente que há uma maior vulnerabilidade por parte daqueles ao sistema penal, o que se fortalece com a sua estigmatização por meio da ideia da periculosidade social. Tal postura reforça as dificuldades encontrada por um ex criminoso d reinserção social. “É notória a dificuldade que um egresso do sistema penitenciário encontra em conseguir colocação no mercado de trabalho. Ademais, os comportamentos criminosos, ao invés de eliminados são desenvolvidos na prisão”.¹¹⁵

À medida que se impõe como impeditivo à exclusão da tipicidade aspectos subjetivos como reincidência, maus antecedentes, entre outros, a despeito da mínima lesividade material da conduta, se rejeita a ideia do bem jurídico como limitador do poder punitivo, dando lugar à seletividade da repressão penal. Ademais, retira-se do Direito Penal seu caráter subsidiário e fragmentário intrinsecamente associados ao seu fim social. Logo, torna-se duvidosa a verdadeira faceta do poder punitivo, pois “em razão da seletividade letal do sistema penal e da consequente impunidade de pessoas que não lhe são vulneráveis, deve admitir-se que seu

¹¹⁴ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.p. 26

¹¹⁵ Ibidem

exercício de poder dirige-se à contenção de grupos bem determinados e não à repressão do delito”.¹¹⁶ “A pena privativa de liberdade, portanto, aparece como uma pena dura, desigual e danosa, até mesmo para a sociedade que a impõe, já que não atende as exigências doutrinárias e legislativas que são proclamadas para ela”.¹¹⁷

3.2 A realidade do fenômeno punitivo

Ao tratar sobre o conceito de sistema penal, Zaffaroni o apresenta em dois sentidos, um mais limitado e outro mais amplo. Em relação àquela primeira concepção, o autor denomina o sistema penal como “controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena”.¹¹⁸ Nessa acepção, o sistema penal, portanto, é atividade que envolve a atuação do legislador, da polícia, dos magistrados, promotores, funcionários da execução penal, entre outros. Em seu sentido amplo, entretanto, o autor aponta uma crítica consistente na existência de ações controladoras e repressoras que nada tem a ver com o sistema penal. Dessa forma, ele destaca a necessidade de se estar atento ao fenômeno punitivo como realidade, já que muitas vezes se subtrai ao penal aspectos materiais de punição, submetendo-os ao suporte de outros discursos.

“A punição é ação e efeito sancionatório que pretende responder a outra conduta, ainda que nem sempre a conduta correspondente seja uma conduta prevista na lei penal, podendo ser ações que denotem qualidade pessoais, posto que o sistema penal, dada sua seletividade, parece indicar mais qualidades pessoais do que ações, porque a ação filtradora o leva a funcionar dessa maneira. Na realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações.”¹¹⁹

Zaffaroni aponta como elementos dos discursos do sistema penal a sua função preventiva especial e geral. Ocorre que, em relação àquela função ressocializadora do direito penal, o autor adverte que os sistemas penais, ao invés de prevenir futuras condutas delitivas, se tornam condicionantes dessas condutas. Se aponta para um etiquetamento (*labelling*) do preso, verificado e ocasionado pela segregação advinda da seletividade do sistema penal. Este “costuma orientar-se por estereótipos que recolhem caracteres dos setores marginalizados e

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 40

¹¹⁷ MAÑAS, op. Cit., p. 27

¹¹⁸ ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume I**, parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 70

¹¹⁹Ibid., p. 73

humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele”.¹²⁰

Quanto ao discurso de prevenção geral, destaca que a estatística criminal não pode oferecer dados seguros que comprovem essa assertiva. Isso se dá porque dificilmente aquela possa oferecer a quantificação exata da criminalidade real “já que o funcionamento do sistema é mais ou menos repressivo a respeito de certas pessoas ou ações, por circunstâncias estruturais ou acidentais imponderáveis”.¹²¹ No tocante à ressocialização por meio de tratamento nas denominadas instituições totais, o resultado não é diferente. Revela-se inevitável deterioração psíquica do paciente, de tal forma que conclui-se pelo fracasso das prisões e dessa ideologia do tratamento. Assim,

“Surgiu a suspeita de que os sistemas penais selecionam um grupo de pessoas dos setores mais humildes e marginalizados, os criminaliza e os mostra ao resto dos setores marginalizados como limite do seu “espaço social”. Ao mesmo tempo, também parece que os setores que na estrutura de poder têm a decisão geral de determinar o sentido da criminalização têm também de subtrair-se à mesma (de fazê-la a si mesmo menos vulneráveis ou invulneráveis ao próprio sistema de criminalização que criam)”¹²²

É perfeitamente visível um desvio da realização de um Estado de Direito, segundo o qual todos são igualmente vulneráveis a leis. Frente a isso, o autor aponta para um condicionamento do sistema penal, o qual “especialmente em relação aos delitos patrimoniais – que são a maioria –, promove condições para a criação de uma carreira criminal”.¹²³ Nesse contexto se insere a questão da reiteração delitiva, por meio da qual o sistema seleciona, dentre as pessoas mais humildes, aquelas que, por já possuírem uma condenação, seriam prováveis candidatos a uma nova condenação. Tal mecanismo “constitui uma inqualificável violação dos Direitos Humanos, e o sistema penal, ao insistir com a pena, nada mais faz do que engrossar esse rol, e até leva o indivíduo à destruição”¹²⁴.

Nessa perspectiva, Zaffaroni descreve o direito penal do autor como uma corrupção do direito penal “em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma ‘forma de ser’ do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva”.¹²⁵ Dentro dessa concepção,

¹²⁰ ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume I**, parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P.73

¹²¹ Ibid., p. 74

¹²² Ibid., p. 75

¹²³ Ibidem

¹²⁴ ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume I**, parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 75.

¹²⁵ Ibid., p. 113.

identifica-se diferentes perspectivas para fundamentar um direito penal do autor, tanto pela ideia da periculosidade quanto pela ideia da culpabilidade. A primeira parte da premissa de uma concepção antropológica de que o homem é destituído de autodeterminação, ela é incapaz de decidir entre o bem e o mal, de forma que é considerado portador de personalidade perigosa. Pela perspectiva da culpabilidade, adota-se a premissa de que o autor, por livre escolha, demonstra a personalidade desviada ao crime à medida que repete certas condutas. Dessa forma, a reprovabilidade do autor está atrelada à personalidade que a escolha desses atos revela.

A pontuação do autor que aqui se faz interessante está relacionada ao fato de que “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 direito é uma ordem reguladora da conduta humana”.¹²⁶ À medida que se penaliza o sujeito pela forma que escolheu ser, há uma evidente invasão arbitrária da sua esfera de autodeterminação.

3.3 Elementos da epistemologia garantista

A epistemologia garantista se desenvolve como discurso de deslegitimação do sistema penal partindo *a priori* da negação das teorias da prevenção especial positiva, denominada como ressocializadora, como fundamento justificacionista da pena. O garantismo, portanto, direciona os argumentos de justificação da pena a uma perspectiva política, apresentando-se como modelo interpretativo do sistema penal.¹²⁷

Ferrajoli descreve os princípios do modelo garantista, os quais, segundo ele, se configuram como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal “orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”.¹²⁸ Tal esquema delineado pelo autor se compõe de dois elementos correspondentes a singulares conjuntos de garantias penais e processuais do sistema punitivo que fundamentam. Primeiramente ele aborda o princípio da legalidade estrita, o qual exige “o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e

¹²⁶ ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume I**, parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 114.

¹²⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2003. P. 25-26

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito Penal e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 38

o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente constituídas”¹²⁹. Para Ferrajoli, pela perspectiva de seu caráter formal, desvio punível não é aquilo reconhecido em cada ocasião como imoral, anormal, devido a suas características intrínsecas ou ontológicas. É, aquele que foi apontado formalmente pela lei como pressuposto necessário para aplicação da pena. De outro lado, segundo a condição do caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente constituídas, “a definição legal do desvio deve ser produzida não com referencias a figuras subjetivas de *status* ou de autor, mas somente a figuras empíricas e objetivas de comportamento”.¹³⁰

“O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, quanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter “constitutivo” e não “regulamentar daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiam as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os “desocupados” e os “vagabundos”, “os propensos a delinquir”, os dedicados a tráficos ilícitos”, os “socialmente perigosos” e outros semelhantes”¹³¹

Nesse sentido, o autor propõe que o princípio da legalidade estrita não admite normas constitutivas, mas somente normas regulamentares do desvio punível, ou seja, aquelas que estabelecem uma proibição, cujo o conteúdo não pode ser mais do que uma ação. Tal assertiva se dá em razão da total arbitrariedade das normas constitutivas, as quais “criam ou constituem *ipso jure* as situações de desvio sem nada prescrever”.¹³² Dessa forma, conclui-se que “a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito”¹³³. A partir dessa concepção, se assegura aos cidadãos uma esfera intangível de liberdade e igualdade jurídica perante a lei.

“as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pela normas como “tipos objetivos” de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa de “tipos subjetivos” não pode deixar de se referir a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais, e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas”¹³⁴

Nesse contexto, destaca-se o substancialismo penal e o cognitivismo ético como aspectos de uma epistemologia inquisitiva, ou antigarantista que produzem um esvaziamento

¹²⁹ Ibidem

¹³⁰ Ibidem

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito Penal e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 39

¹³² Ibidem

¹³³ FERRAJOLI, op. cit. loc.cit. p. 39

¹³⁴ Ibid., p. 40

objetivo da garantia da estrita legalidade. Esse modelo antigarantista se caracteriza por uma concepção ontológica ou substancialista de desvio penalmente relevante, a qual define “o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou antissocial e, para além dele, a pessoa do delinquente, de cuja maldade ou antissociabilidade o delito é visto como uma manifestação contígente, suficiente, mas nem sempre necessária para justificar a punição”¹³⁵. As implicações dessa concepção são relevantes para o que se considera como um Estado de Direito, tendo em vista que o substancialismo penal permite discriminações subjetivas e invasões arbitrárias na esfera de liberdade dos cidadãos.

Com efeito, a subjetivação das hipóteses normativas do delito, ocasionada pela ausência de um modelo pautado pela comprovação empírica do desvio punível taxativamente denotados pela lei, além de comprometer a legalidade estrita, submete o juiz a ”critérios discricionários de valoração da anormalidade ou perigosidade do réu, que inevitavelmente dissolvem o conjunto de garantias processuais”.¹³⁶ Nessa linha o autor enquadra o esquema penal do “tipo de autor” no qual a lei não proíbe e nem regula comportamentos e sim configura *status* subjetivos diretamente incrimináveis. Ou seja, a lei

“não tem função reguladora, mas constitutiva dos pressupostos da pena; não é observável ou violável pela omissão ou comissão de fatos contrários a ela, senão constitutivamente observada e violada por condições pessoais, conformes ou contrárias. [...] Está claro que ao faltar, antes inclusive da própria ação ou do fato, a proibição, todas as garantias penais e processuais resultam neutralizadas. Trata-se, com efeito, de uma técnica punitiva que criminaliza imediatamente a interioridade ou, pior ainda, a identidade subjetiva do réu e que, por isso, tem um caráter explicitamente discriminatório, além de antiliberal ”¹³⁷

Uma das expressões do paradigma constitutivo, é a figura da periculosidade social, a qual, como a reincidência “é uma forma de ser mais do que uma forma de agir, que atua, indevidamente, como substitutivo da culpabilidade no qual se expressa a atual subjetivação do direito penal”.¹³⁸ Ao ponderar sobre as leis penais constitutivas em contraposição à regulatividade das leis penais, Ferrajoli destaca que o princípio da regulatividade constitui o pressuposto das garantias da materialidade e da culpabilidade que exigem que as leis possuam comandos proibitivos direcionados a condutas cuja comissão ou omissão seja empiricamente possível e imputável deonticamente para a eleição do sujeito.¹³⁹ Em sentido oposto, a considerações penais de caráter inteiramente subjetivo, as quais substituem tipologias e

¹³⁵ Ibid., p. 45

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito Penal e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 98

¹³⁷ Ibidem

¹³⁸ Ibid., p. 478

¹³⁹ Ibid., p. 462

classificações de delitos por tipologias e classificações de autores, caracterizam um pensamento penal autoritário, típico dos regimes totalitários:

“A utilização do aparelho penal de controle social para determinar (lei penal), valorar (processo) e transformar (pena) personalidades consideradas perigosas (*outsiders*) conforma um projeto político criminal antidemocrático, tendente à profilaxia social típica dos sistemas totalitários”¹⁴⁰

¹⁴⁰ CARVALHO, Salo de. Penas e garantias. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2003. p. 141

CONCLUSÃO

A busca por uma aplicação uniforme e racional da lei penal frente às arbitrariedades do poder punitivo constituiu verdadeiro estímulo ao desenvolvimento de uma dogmática penal que construísse e sistematizasse uma teoria bem fundamentada do direito positivo. O estudo aprofundado da ciência penal, surge, portanto, como mecanismo de limitação do poder do Estado, à medida que o submetia às balizas da lei em prol de uma justiça mais equitativa e previsível.

Ocorre que, a despeito da sua fundamentação por uma dogmática sistematizada, o Direito Penal ainda não está insento dessa aludida arbitrariedade. Isto porque a legitimidade não se confunde com a legalidade. A legitimidade de um sistema punitivo correlaciona-se com o seu aspecto teleológico, a fim de que aquele não se sobreponha às contingências e circunstâncias da realidade fática, tornando-se mera construção conceitual submissa à vontade de quem o manuseia. Nesse contexto é que se insere a denominada crise da dogmática penal trabalhada no primeiro capítulo desta pesquisa. Observou-se que o estudo dogmático penal se resumiu à análise de conceitos abstratos e categorias do delito que em nada contribuíam para a sua aplicação prática. Busca-se, a partir de então, sua reaproximação com a realidade, por meio de uma abertura a valorações político-criminais as quais viabilizassem a sua assimilação aos postulados da fragmentariedade e subsidiariedade e a questões relativas à necessidade da pena.

Todavia, se faz necessária a compatibilização entre as valorações político criminais e a segurança jurídica, tendo em vista a manutenção da claridade que uma elaboração sistemática do direito proporciona. De um lado, ao se trabalhar com um direito hermeticamente fechado, peca-se por excessivo formalismo inútil à praxe jurídica. Por outro, ao se utilizar de valorações político criminais sem critérios de sistematização, peca-se pela abertura à arbitrariedade. Nesse sentido, propõe-se uma análise dos elementos do delito sob o prisma da sua função político criminal, a qual será inserida desde o início no cerne da elaboração dogmática.

Trata-se, entre outros mecanismos, de uma concepção da tipicidade para além da mera subsunção lógico-formal desenvolvida pelas teorias causalista e finalista. O aspecto material e valorativo do juízo de tipicidade passou a representar importante instrumento de limitação do poder punitivo penal para além da tipificação das condutas consideradas como crimes. O trabalho legislativo revela-se imperfeito à medida que no dorso das condutas criminalizadas podem ser consideradas aquelas que, apesar de formalmente típicas, não produzem lesões

significativas aos bens jurídicos tutelados pela esfera penal. É nesse contexto que o princípio da insignificância surge como mecanismo 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”.¹⁴¹

Paralelamente à exposição da formulação dogmática inicial da insignificância, examina-se a sua operacionalização pela jurisprudência brasileira nos dias de hoje. Por meio da análise dos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se delinear os principais discursos evocados para a conformação do princípio aos casos concretos. O que se observa é um evidente desvinculação da sua concepção inicial, atrelada à figura da tipicidade material, em razão da sua inexatidão argumentativa e da sua vinculação a condições subjetivas do réu. Evidenciam-se julgados os quais possuem formulações díspares a respeito do princípio, ora considerado como corretivo de política criminal, ora como excludente de culpabilidade, condicionado a uma ideia de periculosidade social do agente.

Desencadeada por esses fatores, a insegurança jurídica torna-se fonte de uma justiça desigual e arbitrária, a qual, em muitos casos, aplica a insignificância sem mínimos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. É nesse contexto que se encontram decisões relacionadas ao delito de furto que revelam disparidades até mesmo nas considerações a respeito do que é considerado insignificante, amparadas por uma gama de julgados anteriores igualmente desprovidos de qualquer razoabilidade. Não se defende aqui um engessamento do princípio por meio da sua aplicação generalizada. Pelo contrário, se reconhece a necessidade de ponderação casuística da aplicação da insignificância, sob pena de se intensificar ainda mais as distorções na sua concepção. Entretanto, também mostra-se problemática a total imprecisão conceitual do princípio, como bem ilustrado pela praxe jurídica brasileira, comprometendo a aludida previsibilidade de uma dogmática penal sistematizada.

Nota-se, a partir do Habeas Corpus 84412/SP¹⁴², uma pretensão de se dar coerência à interpretação do princípio da insignificância por meio da aplicação de vetores estabelecidos nesse julgado. Ocorre que, para além da problemática anteriormente citada de se definir

¹⁴¹ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84412**, Relator(a)> Min. CELSO DE MELLO, julgado em 19/10/2004, PUBLIC 19-11-2004

parâmetros gerais de incidência do princípio em casos evidentemente heterogêneos, tais vetores possuem incongruências na sua própria estrutura que reforçam a sua insuficiência como paradigma para a aplicação do instituto.

De outro lado, a par da inexatidão argumentativa do instituto, constata-se o seu distanciamento dos contornos da tipicidade material. Não se analisa a lesividade de uma conduta puramente por seu aspecto material, como defendido na elaboração do princípio, à luz dos postulados da fragmentariedade e subsidiariedade. Utiliza-se para a aferição do penalmente relevante características que dizem respeito ao agente, para além do ato em si. Dessa forma, a reincidência, antecedentes, a reiteração delitiva tornam-se medidas para a insignificância da conduta, uma vez atrelados à ideia de periculosidade social do autor. Nota-se, portanto, no discurso do STJ e STF a penalização de personalidades caracterizadas por desviantes em detrimento de um Direito Penal do Fato.

A ponderação de pressupostos subjetivos para afastar a aplicação do princípio revela-se em grande quantidade de casos, até mesmo naqueles em que a conduta em si foi ínfima, não exigindo intervenção penal como última *ratio*. Descontrói-se na prática as premissas da intervenção mínima da esfera penal, fundamentada na função interpretativo restritiva da insignificância. À medida que o sistema penal considera suficiente para criminalizar uma conduta determinada personalidade, apesar da sua mínima ofensividade ao bem jurídico, se incorre novamente em um poder punitivo arbitrário e lesivo às premissas de um Estado de Direito.

Ainda com relação às premissas de um Estado de Direito, nota-se também em alguns julgados a violação a princípios constitucionais básicos, como (além da igualdade perante a lei) o da dignidade humana, presunção de inocência, todos arraigados pela teórica ideologia das garantias processuais, claramente desrespeitas na prática forense. É possível destacar decisões que se utilizam de registros criminais em desfavor da agente para negar-lhe a absolvição com base na insignificância. Medida que se torna descabida em se considerando que, à luz da Constituição Federal, todos são inocentes até sentença condenatória transitada em julgado. Torna-se, portanto, bastante controversa a aferição de uma “personalidade voltada para o crime” com base em fundamento o qual nem poderia ser utilizado contra o autor em razão da sua presunção de inocência.

Ademais, ressalta-se o direito ao esquecimento, corolário da dignidade humana que, na maioria das vezes, é ignorado ao se etiquetar o indivíduo que já passou pelas amarras do

sistema penal. Muitos réus não são absolvidos pelo princípio da insignificância por repetidas alusões a atos realizados em sua vida pregressa, denotando a prejudicialidade da inexistência de limites as essas ponderações como medida de proteção ao direito do indivíduo à dignidade humana, que aqui se perfaz pelo direito ao esquecimento.

Por meio do trabalho realizado, observa-se que a conformação jurisprudencial da insignificância revela e reforça a verdadeira faceta do Direito Penal que se pressupõe legítimo em razão da positivação de garantias processuais e materiais. Ocorre que, para além da sua sistematização e positivação, é necessária a sua assimilação a um fim social o qual se oriente pelos direitos humanos. A legitimidade não se perfaz com a legalidade, uma vez que a legislação penal pode ainda servir como instrumento de poder contra os setores marginalizados. Mais especificamente, no que concerne ao princípio da insignificância, nota-se visíveis distorções na praxe jurídica em relação a sua idealização à luz das proposições de uma tutela penal mínima equitativa. Identifica-se a utilização de discursos de Direito Penal do Autor para se afastar o reconhecimento da bagatela, submetendo o sistema à discriminações arbitrárias e lesivas aos setores sociais mais vulneráveis, não coincidentemente marcados pelas características de uma personalidade desviante.

A realidade do fenômeno punitivo, como preleciona Zaffaroni¹⁴³, revela a natureza falaciosa da função preventiva e ressocializadora da pena, proclamadas para justificar a intervenção do direito penal. O que se observa para além dos discursos justificacionistas da pena, é, ao invés da ressocialização do preso, a sua estigmatização. A segregação social não se limite à fronteiras físicas da unidade prisional, se estendendo para todos os campos de atuação em sociedade do indivíduo. Tal realidade se reforça ainda, pela seletividade do direito penal, o qual determina perfis “desviados” mais propícios a cometer crimes. Essas personalidades selecionadas condizem com as características dos setores marginalizados da sociedade, os quais são claramente mais vulneráveis à coerção estatal. Fácil perceber que, uma vez fundamentado por aferições subjetivas de um tipo de autor, subtrai-se ao o penal os aspecto materiais de punição, implicando sérias violações na esfera de liberdade dos cidadãos.

Pela ótica de Ferrajoli,¹⁴⁴ o uso de condições subjetivas para identificar o desvio punível, substituindo-se as tipologias e classificações de delitos por tipologias e classificações

¹⁴³ ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume I, parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 70-80

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito Penal e Razão: teoria do garantismo penal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 39-45

de autores, caracteriza um pensamento penal autoritário e contingente, típico dos regimes totalitários. Nesse linha, se insere a crítica à concepção ontológica ou substancialista do desvio punível, a qual utiliza aspectos subjetivos do autor para caracterizar o penalmente relevante. Um sistema penal amparado por essas premissas reproduz uma “justiça” altamente discriminatória e antiliberal. Vê-se clara desconstrução das garantias penais e processuais a porem cheque aludida legitimidade do sistema.

Destaca-se, por fim, o caráter simbólico do direito penal desvinculado da sua pretensão protetiva inicial de tutela da liberdade do indivíduo frente ao poder punitivo. Nota-se sua funcionalidade como mecanismo de manutenção de desigualdades sociais por meio da sustentação de uma estrutura de poder fomentada pelos graus de vulnerabilidade à repressão estatal. Dessa forma, resta nítido o distanciamento da ciência penal hodierna da realização de um Estado de Direito

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rita. **Faxineira é autuada por furto após comer bombom de delegado.** Disponível em:< <https://exame.abril.com.br/brasil/faxineira-e-autuada-por-furto-apos-comer-bombom-de-delegado>> Acessado em: 27 de maio de 2018.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I.** 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOTTINI. Pierpaolo Cruz et al. **A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados.** Revista brasileira de ciências criminais. v. 98, set./out., 2012, p. 117-148.

BRASIL. **Lei 9605**, de 12 de fevereiro de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm> Acessado em: 20 de maio de 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 84412**, Relator(a)> Min. CELSO DE MELLO, julgado em 19/10/2004, PUBLIC 19-11-2004

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 155920**, Relator(a)> Min. CELSO DE MELLO, julgado em 27/04/2018, PUBLIC 03-05-2018

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 137838**, Relator(a) Min. ALEXANDRE DE MORAES , julgado em 31/10/2017, PUBLIC 07-11-2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 139738**, Relator(a) Min.EDSON FACHIN ,Segunda Turma julgado em 22/02/2017, PUBLIC 23-02-2017

_____.Supremo Tribunal Federal **HC 114241**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 26/02/2013, DIVULG 12-03-2013 PUBLIC 13-03-2013

_____. Supremo Tribunal Federa. **HC 1106458**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/10/2013, DIVULG 25-10-2013 PUBLIC 28-10-2013

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 259282**, Relator(a): Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 01/10/2013, PUBLIC 05-02-2014

_____. Supremo Tribunal Federal .**HC 126866**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/06/2015, PUBLIC 22/6/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC 118977**. Min. Relator(a) DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, PUBLIC 04-04-2014

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 126315**. Min. Relator(a) GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, PUBLIC 07-12-2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1707948**. Min. Relator(a) ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 10/04/2018, PUBLIC 16-04-2018

_____. Superior Tribunal Justiça. **HC 391015**. Min. Relator(a) MARIA THEREZA DE ASSIS MOUA ROGERIO, Sexta Turma, julgado em 16/05/2017, PUBLIC 24-05-2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 130453**. Min. Relator(a) EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017, PUBLIC 23-08-2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 123348**. Min. Relator(a) MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/09/2017, PUBLIC 25-09-2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 155347**. Min. Relator(a) DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018, PUBLIC 07-05-2018

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 133736**. Min. Relator(a) GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, PUBLIC 23-08-2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1729206**. Min. Relator(a) JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 24/05/2018, PUBLIC 30-05-2018

BUSATO, Paulo César. **O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para a aplicação do princípio da intervenção mínima.** Revista Sequencia.n.62,jul 2011.p 97-117

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito Penal e Razão: teoria do garantismo penal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Tipicidade penal = tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8383/tipicidade-penal-tipicidade-formal-ou-objetivatipicidade-material-ou-normativa-tipicidade-subjetiva>> Acessado em: 25.04.2018

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral .** 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2017

LUZ. Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática.** Revista direito GV. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 203-233.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

MARTINES, Fernando. **Juristas criticam importação cega de doutrinas alemãs para o Brasil.** Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2018-mai-22/juristas-criticam-importacao-cega-doutrinas-alemas-brasil>> Acesso em 23 de maio de 2018.

MAURMO, Julia Gomes Pereira. **Direito ao esquecimento e condenações penais: outras perspectivas sobre o tema.** 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

PRESTES, Cássio Vinícius D.C.V. Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal.** São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

RIBEIRO, Gustavo de Almeida. **O furto do bombom e o princípio da insignificância.** Disponível em< <https://gustavoalmribeiro.wordpress.com/2015/11/02/o-furto-do-bombom-e-o-principio-da-insignificancia/>> Acessado em 27 de maio de 2018.

SOBRINHO, M.M; GUARAGNI, A. **O princípio da insignificância e a sua aplicação jurisprudencial.** Revista Jurídica Unicuritiba.v.3, n.36. 2014, 373-421

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume I, parte geral.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.