

**UNIVERSIDADE FEDERAL SANTA CATARINA – UFSC  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**FABIOLA SIMAS ANDRIOLLI RAFFAELLI**

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES PATRIMONIAIS E ATIVIDADE  
JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

**FLORIANÓPOLIS, SC  
2013**

**FABIOLA SIMAS ANDRIOLLI RAFFAELLI**

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES PATRIMONIAIS E ATIVIDADE  
JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em  
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para  
obtenção do Título de Bacharel em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa.

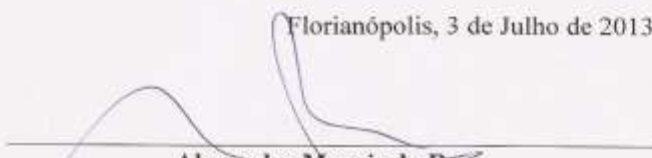
**FLORIANÓPOLIS, SC  
2013**

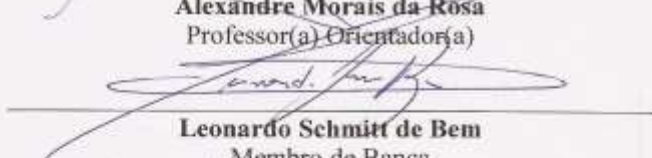
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

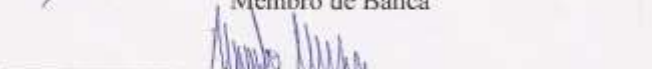
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Direito penal do fato, princípio da insignificância nos crimes patrimoniais e atividade jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Fabiola Simas Andriolli Raffaelli**, defendida em **03/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 ( Dez ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 3 de Julho de 2013

  
\_\_\_\_\_  
**Alexandre Morais da Rosa**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Leonardo Schmitt de Bem**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Marcelo Mayora Alves**  
Membro de Banca

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu marido Rafael pelo incentivo e apoio.

Agradeço também ao meu orientador Professor Alexandre pela atenção.

## RESUMO

O princípio da insignificância não se encontra expresso no ordenamento jurídico brasileiro e cabe à doutrina e à jurisprudência a formulação do seu conteúdo e critérios de aplicação. Apesar da ampla aceitação da validade do princípio, ainda há muita desarmonia em torno dos critérios para sua admissão pelos tribunais. Para delimitar esses critérios é conduzida uma pesquisa empírica para verificar o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina concernente aos crimes contra a propriedade.

**Palavras-chave:** princípio da insignificância; crimes patrimoniais; Tribunal de Justiça de Santa Catarina; pesquisa empírica.

## ABSTRACT

The principle of insignificance is not explicit in the Brazilian legal system and its content and application criteria are done by jurisprudence and doctrine. In spite of the wide acceptance of the validity of the principle, there is still a disharmony in the application criteria by the courts. To delimit those criteria an empirical research is conducted to verify its application by the Santa Catarina State Court concerning property crimes.

**Keywords:** principle of insignificance; property crimes; Santa Catarina State Court; empirical research.

## **LISTA DE ILUSTRAÇÕES**

Gráfico 1 – p.51

Gráfico 2 – p.53

Gráfico 3 – p.57

Tabela 1 – p.55

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

TJ/SC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina

STF - Supremo Tribunal Federal

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| INTRODUÇÃO.....   | 8  |
| 1 Direito penal, Constituição e princípios.....   | 10 |
| 1.1 Direito penal e Constituição.....   | 10 |
| 1.2 Princípios jurídicos.....   | 14 |
| 1.2.1 A teoria de Robert Alexy.....   | 17 |
| 1.2.2 A teoria de Ronald Dworkin.....   | 18 |
| 1.2.3 Princípio da insignificância é um princípio implícito.....                                    | 18 |
| 1.3 Fundamentos jurídicos do princípio da insignificância.....                                      | 21 |
| 1.3.1 Princípio da intervenção mínima.....  | 21 |
| 1.3.2 Princípio da lesividade.....  | 23 |
| 1.3.3 Princípio da liberdade.....   | 24 |
| 1.3.4 Princípio da proporcionalidade.....   | 25 |
| 2 Princípio da insignificância no direito penal.....  | 29 |
| 2.1 Conceito – tipicidade material.....   | 33 |
| 2.2 Os critérios do STF.....  | 37 |
| 2.3 Política criminal.....  | 39 |
| 3 Análise empírica do princípio da insignificância pelo TJ/SC.....                                  | 42 |
| 3.1 Para além dos critérios objetivos e subjetivos.....   | 43 |
| 3.1.1 A importância do objeto subtraído e a condição econômica da vítima.....                       | 44 |
| 3.1.2 Tipo de crime.....  | 47 |
| 3.2 Valor do bem.....   | 53 |
| 3.3 Reconhecimento da insignificância em relação ao tipo de bem e o número de bens restituídos..... | 55 |
| 3.4 Reconhecimento da insignificância de acordo com a espécie processual.....                       | 57 |



|  |    |
|--|----|
| 3.5 Critérios subjetivos: maus antecedentes, reincidência e personalidade..... | 58 |
| 4 CONCLUSÃO.....   | 67 |
| 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....  | 70 |

## INTRODUÇÃO

O crime de furto é o ícone da era de consumo. Em um mundo no qual se vive cercado por produtos que nos convidam sorridentemente a comprá-los, esse tipo de crime tornou-se vulgar; no Estado de Santa Catarina, o furto correspondeu a 30% dos crimes registrados no ano de 2012.

Dentre os delitos patrimoniais, o furto e o roubo caracterizam-se por tutelar o direito patrimonial sobre a coisa móvel. *Coisa* é um conceito amplo que abrange todo tipo de objeto, desde um grampo a um carro. Assim, a questão que se forma para o direito é se o furto de um grampo ou de um carro merece a *mesma* resposta penal.

Com essa questão viu-se a necessidade de descriminalizar condutas que embora formalmente típicas atingem de forma irrelevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal; surge, então, o *princípio da insignificância*. Este princípio é uma excludente de tipicidade de construção teórica e jurisprudencial em vista da concepção de tipicidade material e das medidas inscritas na Constituição para limitar o poder punitivo, apregoando-se o direito penal mínimo.

A despeito das sólidas bases dogmáticas, o princípio da insignificância enfrenta resistência por parte dos Tribunais, não em função da sua aceitação, pois sua validade não é contestada apesar de não constar expressamente nos diplomas legais. A oposição reside na dificuldade de se estabelecer critérios para sua concessão, gerando uma confusão de exigências para a aplicação da insignificância que acabam por revelar a política criminal das decisões judiciais.

Nesse sentido, a proposta deste trabalho será analisar os parâmetros usados pelos juízes das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para aplicar o princípio da insignificância e verificar se estão de acordo com os preceitos constitucionais. Para isso serão analisados todos os julgados, somente acórdãos, do ano de 2012 das Câmaras Criminais do TJ/SC a respeito do princípio da insignificância nos crimes patrimoniais de furto e de roubo com foco no valor do bem, no tipo de bem, no tipo de crime, se o bem foi devolvido à vítima, nos recursos mais utilizados e nos argumentos para o acolhimento ou não da insignificância.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Todos os julgados foram pesquisados no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ([www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)) utilizando-se a palavra-chave “princípio da insignificância” somando 341 julgados.

A princípio optou-se por pesquisar somente os acórdãos, excluindo-se as decisões monocráticas, com o intuito de avaliar as opiniões divergentes. Entretanto, não as havia, em todos os 341 julgados seguiu-se a decisão do relator.

Os dados considerados relevantes foram cruzados, na forma de gráfico ou tabela, a fim de demonstrar com maior clareza os resultados da pesquisa. O gráfico 1 apresentará a relação entre o reconhecimento da insignificância e o tipo de crime, o gráfico 2 demonstrará a relação entre o reconhecimento do princípio da insignificância e o valor do bem, o gráfico 3 demonstrará a aceitação da insignificância de acordo com a espécie processual, e, por fim, uma tabela demonstrará o reconhecimento da insignificância em relação ao tipo de bem e o número de bens restituídos.

Antes da apresentação dos resultados da pesquisa empírica serão apresentados no primeiro capítulo a relação entre direito penal e Constituição e os princípios constitucionais embasadores do princípio da insignificância. Já no segundo capítulo se apresentarão as teses doutrinárias acerca do princípio, as bases do seu conceito a partir da interpretação material do injusto penal, a idéia de desvalor da ação e do resultado, o problema dos critérios fixados pelo STF e a aproximação entre direito penal e política criminal.

Ao final, serão confrontados a teoria e os dados obtidos na pesquisa.

# 1 DIREITO PENAL, CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS

## 1.1 Direito penal e Constituição

O direito penal é a área do direito de maior irracionalidade e intolerância, constituindo-se, portanto, como o campo jurídico no qual se faz mais necessário o controle do exercício de poder. A Constituição como fundamento e limite do direito penal representa o modelo mais evoluído do saber penal em nosso país.

Todos os Estados têm uma Constituição, seja expressa ou tácita, há sempre, de alguma forma, uma lei fundamental que rege um país, que dispõe sobre a sua forma de organização e de poder. A Constituição tal qual conhecemos hoje, como sede de direitos e garantias fundamentais do homem, advém da Revolução Francesa, própria, portanto, dos Estados liberais, assim estabelecendo o Estado de Direito.

Dessa forma, a Constituição emerge como a racionalização de um Estado, como “aquele conjunto de princípios que se situam no vértice de qualquer sistema normativo”.<sup>2</sup>

A compreensão de toda e qualquer instituição de direito público, positivamente adotada por um povo, depende da prévia percepção dos princípios fundamentais postos na sua base por esse mesmo povo, na sua manifestação política plena: a Constituição.<sup>3</sup>

A Constituição como conjunto de normas de um país é o produto do triunfo de forças políticas de determinada época, de forma que em todas as Constituições há um sentido implícito que provém de suas raízes, da história da nação que a formou, das influências externas assimiladas. A compreensão da Constituição no seu sentido político e ideológico superando o normativismo e o formalismo, ou seja, a concepção material da Constituição, teve início no século XIX com Ferdinand Lassalle e representou no século XX a corrente do pensamento constitucional crítico.<sup>4</sup>

Já Schmitt mostrou a função constitucional no seu sentido *político*, entendendo que a Constituição possui uma dimensão política que se expressa para além da sua dimensão

---

<sup>2</sup> Bobbio, N., Mateucci, N., Pasquino, G. *Dicionário de política*. V.1. 13ª ed. trad. Carmen Varriale *et al.* Brasília: Universidade de Brasília, 2007, p.259.

<sup>3</sup> Ataliba, Geraldo. *República e constituição*. 2ª ed. atual. por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2007, p.15.

<sup>4</sup> Bonavides cita como expoentes desse movimento: Lassalle, Smend, Schmitt, Heller, de Laband a Kelsen. “Não é fácil determinar com clareza e coerência a posição exata desses juristas, pois não se volvem apenas para o Direito, mas para o Direito e a Sociedade, sobretudo para esta, e se algo de axiologicamente fundamental estiver em jogo, não trepidarão em sacrificar o dogma jurídico do formalismo a uma postulação mais premente de valores sociais em busca de afirmação e reconhecimento”. Bonavides, P. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p.101.

normativa, fazendo com que a Constituição e as leis constitucionais sejam coisas distintas.<sup>5</sup> Em contraposição à concepção de Schmitt encontra-se a teoria de Hans Kelsen, que passou a ser a mais difundida após a 2ª Guerra.

Segundo Kelsen, a Constituição é concebida exclusivamente no seu aspecto *normativo*, estabelecendo-se como fundamento de validade para as demais normas. A relação entre a Constituição e as demais normas pode ser representada como a imagem da norma superior e a inferior, como um ordenamento escalonado de normas jurídicas, sendo que a Constituição situa-se no ápice, como determinante da produção das demais normas. A unidade do ordenamento deve-se à conexão decorrente da produção de normas de cima pra baixo, sendo que as de nível inferior devem sua validade no ordenamento à Constituição.

[...] coloca-se a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta – tomando-se a Constituição no sentido material da palavra –, cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação.<sup>6</sup>

A moderna acepção constitucional, chamada de pós-positivismo, reconhece os aspectos normativos, sociológicos e políticos da Constituição, isso significa que a compreende essencialmente como sede de *valores* reconhecidos como *princípios* constitucionais, dos quais derivam os direitos fundamentais e de acordo com os quais se deve basear a interpretação constitucional. Dessa forma, a Constituição é a norma hierarquicamente superior e o fundamento de validade de todas as normas jurídicas, a partir dos preceitos constitucionais se estabelecem os critérios de criação, vigência e execução de todo o ordenamento jurídico.<sup>7</sup>

Dentro do ordenamento jurídico, no que concerne ao Direito Penal, a Constituição arrolou uma série de princípios penais e processuais limitadores do *jus puniendi*, de forma que a Constituição Federal consiste na “primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional”.<sup>8</sup>

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve *efetivamente constituir* (*logo, consciência de que ela constitui-a-ação*), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua *instrumentalidade constitucional*. Significa dizer que o processo penal

<sup>5</sup> Bonavides, Paulo. Ob. cit., p.105.

<sup>6</sup> Kelsen, H. *Teoria Pura do Direito*: introdução à problemática científica do direito. Trad. J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.132.

<sup>7</sup> Queiroz, P. *Direito penal*: parte geral. 4ª ed. rev.ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 37.

<sup>8</sup> Zaffaroni, E.R., Pierangeli, J.H. *Manual de direito penal brasileiro*. Vol.1. Parte geral. 8ªed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.121.

contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição.<sup>9</sup>

Segundo Bonavides<sup>10</sup>, o rol das garantias penais previsto pela Constituição Federal brasileira de 1988 reside nos incisos XXXVII a LXVII do art. 5º, onde se encontram, dentre outros, o *princípio da legalidade* (inc. XXXIX: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”); o *princípio da retroatividade da lei penal* mais benigna (inc. XL: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”); o *princípio da personalidade ou da intranscendência da pena*: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado...” – inc. XLV); o *princípio da racionalidade* da pena que expressa a proibição da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados e de penas cruéis, conforme previsão do inc. XLVII, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*; o inc. XLVI estabelece a *individualização da pena*, que concede ao juiz o poder-dever de escolher a pena mais adequada ao caso concreto dentre as seguintes: “privação ou restrição da liberdade”, “perda de bens”, “multa”, “prestação social alternativa”, “suspensão ou interdição de direitos”, podendo optar por outras (inc. XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes ...”).

Já Zaffaroni e Pierangeli<sup>11</sup> mostram uma lista mais ampla de garantias constitucionais penais, acrescentando àqueles os seguintes: (1) *princípio republicano*. Por este princípio, consagrado pelo parágrafo único do art.1º, os poderes estatais advêm exclusivamente da vontade do povo insculpida na Constituição, afastando as formas de poder absoluto; (2) *princípio da reserva legal* que deriva do art.5º, inc. II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei”), do princípio republicano e do princípio da legalidade, pois quando este princípio define que não há crime sem lei que o defina, está afirmando que só pode ser crime aquilo que está definido pela lei como tal; (3) *princípio da humanidade da pena* encontrado no art.5º, inc. XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”; (4) a *proibição da prisão civil por dívidas*, conforme texto do inc. LXVII: “Não haverá a prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”<sup>12</sup>; e (5) a exclusiva competência da União para legislar sobre normas penais.

<sup>9</sup> Lopes, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol.I. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.8.

<sup>10</sup> Bonavides, P. Ob. cit., p.45.

<sup>11</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl., Pierangeli, José Henrique. Ob. cit., p.121-122.

<sup>12</sup> A prisão do depositário infiel foi revogada por força do Pacto de São José da Costa Rica que dispõe em seu art.7º, item 7º que ninguém deve ser detido por dívida, exceto no caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Conforme Decreto n°592 de 06/7/1992.

Sendo o Estado o detentor exclusivo da competência para legislar sobre as normas penais, é também o Estado o detentor exclusivo do direito de punir, e a Constituição é o documento subscrito por toda a população do país para regular esse direito, para que ele seja sempre democrático e sob nenhum aspecto absoluto. Assim, a Constituição assegura à população os valores que lhe são mais caros, como a inviolabilidade do direito à vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade..., possibilitando dessa forma a convivência social minimamente segura. Nessa esfera o direito penal é de suma importância, pois se constitui como um dos instrumentos do Estado para assegurar seus fins e a realização das suas funções.

Contudo, o direito penal é a área do direito de exercício mais dramático, uma vez que toca gravemente os direitos fundamentais dos indivíduos ao impor como pena o constrangimento do direito de liberdade. Constituindo-se como área do direito que auxilia o Estado na garantia dos direitos fundamentais, o poder do direito penal advém da Constituição que lhe concede legitimidade para atuar e limites para não ofender os direitos fundamentais enquanto os protege. Nesse aspecto reside a complexidade do direito penal: restringir uns direitos sem restringir outros direitos.

Por essa razão diz-se que o direito penal tem caráter subsidiário, devendo ser invocado como último recurso do direito para garantias de direitos fundamentais, seu uso emerge quando as sanções civis e administrativas falharem, constituindo-se como a *ultima ratio extrema* do direito e dando ensejo ao direito penal mínimo.

A relação entre direito penal e Constituição estabelece-se pela superioridade hierárquica desta última que resulta em dois níveis: primário e secundário. Primariamente, a Constituição concede legitimidade e validade ao direito penal; em segundo plano a vinculação dá-se pelos princípios constitucionais. Assim, se a Constituição expressa princípios democráticos esta deve ser a orientação do direito penal, não devendo nenhuma lei penal ser criada ou aplicada se não estiver em conformidade com os princípios constitucionais.

[...] a hierarquia entre a Constituição e o direito penal é a um tempo formal e axiológica, na medida em que suas disposições somente valem e obrigam quando se prestem à realização dos fins constitucionais e prestigiem os valores mais caros, aferidos, naturalmente, segundo cada contexto histórico-cultural. Consequentemente, as definições dos princípios e regras jurídico-penais vão ser determinadas pela definição dos fins do Estado, porque em última análise Direito e Estado, pelo seu caráter instrumental (funcional), prestam-se a um fim comum: possibilitar a convivência social [...].<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Queiroz, Paulo. Ob.cit., p.38.

O reconhecimento dos princípios constitucionais é urgente para todos os que trabalham com o direito penal no Brasil, porquanto o Código Penal brasileiro vigente é antiquado e depende dos princípios para se adequar aos fundamentos do Estado Democrático.

## 1.2 Princípios jurídicos

O direito penal deve reger-se pelos princípios constitucionais. Mas o que são princípios? Há inúmeros conceitos para o termo, quanto aos princípios jurídicos podem ser definidos como enunciados dos valores orientadores de um ordenamento, como as diretrizes de caráter geral deduzidas da lógica de um sistema normativo que formam sua estrutura. Assim, os princípios são a expressão dos valores do direito, o que significa que são a expressão dos valores de uma sociedade, o que lhes concede grande legitimidade. A concepção do direito enquanto sistema axiológico é um passo importante, salto que se deu pela concepção dos princípios como elementos *normativos*.

Kelsen, pai do positivismo jurídico, excluiu a possibilidade de se buscar modelos normativos que estivessem além do direito positivo, desvinculando-se, assim, do direito natural. A concepção de que o direito natural funda-se em conceitos metafísicos de justiça seria um obstáculo à exigência de um direito científico, portanto o direito positivo devia se afastar dessas influências, acabou afastando também o direito de qualquer ideal ético-valorativo.

Na realidade o jusnaturalismo na sua fase moderna apoiou-se não em um ideal determinado de justiça, mas na exigência de que o direito fosse *eficiente*<sup>14</sup> na sua função de solucionar conflitos humanos.

Ora, o que se requer de uma técnica, de qualquer técnica, é a eficiência. E o juízo sobre a eficiência de uma técnica não pode fundar-se exclusivamente na coerência interna da própria técnica, como pretende Kelsen. É claro que há uma condição fundamental que permite a uma técnica qualquer conservar a sua eficiência e acrescê-la: e é a *retificabilidade* da própria técnica [...] Desse ponto de vista, o juízo técnico sobre um sistema particular de direito é o juízo sobre a capacidade desse sistema de corrigir ou de eliminar as próprias imperfeições, de tornar-se mais ágil e ao mesmo tempo mais rigoroso. Não é um juízo que, por isso, se refira à mera coerência do sistema, nem um juízo de valor resultante do confronto daquele sistema com um ideal pré-ordenado de justiça. É, todavia, um juízo concreto e direto, capaz de influir nos desenvolvimentos históricos do direito.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Abbagnano, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi, Maurice Cunio, et al. 2ªed. São Paulo: Mestre Jou, 1962, p.270.

<sup>15</sup> Idem, *ibidem*.



Bonavides apresenta as contribuições do jurista italiano Del Vecchio no início do século XX como o início do restabelecimento de aspectos do direito natural. Del Vecchio achava que os princípios gerais de direito deveriam ser considerados como princípios do direito natural a fim de se romper com o forte positivismo jurídico então vigente que reduzia os princípios à sua condição de oriundos do próprio sistema jurídico ou não<sup>16</sup> (se não fossem procedentes significaria que haveria lacunas no ordenamento jurídico, algo em desacordo com os fundamentos da teoria *juspositivista*).

Para a teoria do positivismo jurídico os princípios gerais de direito equivalem aos princípios jurídicos que dão suporte ao direito positivo.<sup>17</sup> Estes princípios formam-se a partir de abstrações e generalizações do próprio direito positivo, são inferidos do mesmo.<sup>18</sup> Esta é a posição atual acerca da origem dos princípios; entende-se que eles não advêm de ideologias, de interpretações, da razão ou do direito natural, são decorrentes exclusivamente das regras do ordenamento jurídico por ser este um sistema coerente.

Dessa forma, os princípios são oriundos do interior do ordenamento jurídico. Esta também é a conclusão de Bobbio, que afirma serem os princípios provenientes das normas, que, como regras particulares, se estendem formando conceitos amplos ou gerais: “se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles [princípios]”.<sup>19</sup> Portanto, a norma passa a ser o gênero dos quais são espécies a regra e os princípios.

Os princípios como fonte normativa estabeleceu-se definitivamente com o advento do pós-positivismo. A inclusão dos princípios nas Constituições ocorrida na segunda metade do século XX foi a transformação necessária para que os princípios passassem de princípios gerais do direito para princípios constitucionais.<sup>20</sup>

Nesse sentido os princípios passam a ser eficazes na proteção de direitos fundamentais, pois a norma passa a atuar em dois sentidos - pelas regras e pelos princípios – de forma que a regra além da função regulatória tem que estar de acordo com os princípios que são os fundamentos e os valores máximos do ordenamento de indiscutível força quando são erigidos a princípios constitucionais.

---

<sup>16</sup> Bonavides, P. Ob. cit., p.260.

<sup>17</sup> Flórez-Valdés, J. Arces y. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990, p.40.

<sup>18</sup> Flórez-Valdés, J. Arces y. Ob. cit., p.40.

<sup>19</sup> Bobbio, N. *Teoria do ordenamento Jurídico*. Trad. Maria dos Santos. Rev. téc. Claudio De Cicco. 10ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, reimpressão 2006, p.156.

<sup>20</sup> Bonavides, P. Ob. cit., p.259.

O jurista italiano Crisafulli foi dos pioneiros que contribuíram imensamente para a consolidação da normatividade dos princípios, demonstrando que um princípio, seja expresso ou implícito a um ordenamento, constitui *norma* aplicável como regra. Segundo Crisafulli todo princípio tem eficácia, são normas escritas ou não escritas das quais derivam as normas particulares (regras) que, também estas, levam aos princípios.<sup>21</sup> Quando Bobbio afirma que “para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”<sup>22</sup>, cita Crisafulli como primeiro sustentador desta tese.

Veio da França, através de Boulanger, outra contribuição precursora para a doutrina da normatividade dos princípios. Este autor inovou ao classificar os princípios, mostrando que eles têm natureza própria diferente das regras jurídicas e ao afirmar que “os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva. Contêm em estado de virtualidade grande número de soluções que a prática exige”.<sup>23</sup> Sendo aptos a solucionar conflitos, os princípios agem como normas, são eles mesmos normas.

Antes da consolidação da sua função normativa, os princípios eram considerados apenas supletivamente, exercendo as funções de interpretação e integração, para as quais ainda se prestam. Através da primeira função os princípios atuam como orientadores da interpretação normativa, não são fontes de direito. Na segunda função – integração – os princípios passam a realizar função normativa, mas apenas subsidiária, quando atuam na auto-integração do ordenamento, preenchendo suas lacunas.<sup>24</sup>

O amadurecimento da doutrina sobre a vinculação normativa dos princípios consolidou o entendimento de que normas abrangem princípios e regras, sendo estas de sentido estrito, enquanto aqueles seriam de caráter geral: a “distinção entre regras e princípios é pois uma distinção entre dois tipos de norma”.<sup>25</sup> Dois tipos de norma que se distinguem pela generalidade, sendo os princípios normas de alto grau de generalidade relativa, enquanto que as regras são normas de baixo grau de generalidade.

As distinções entre princípios e regras formaram o pano de fundo da doutrina da normatividade dos princípios, os dois principais autores que se tornaram referência no tema são o alemão Robert Alexy com a *teoria dos direitos fundamentais*, e o norte-americano

<sup>21</sup> Crisafulli, V. *apud* Bonavides, Paulo. Ob. cit., p.273.

<sup>22</sup> Bobbio, Norberto. Ob. cit., p.158.

<sup>23</sup> Boulanger, J. *apud* Bonavides, Paulo. Ob. cit., p.268.

<sup>24</sup> Delgado, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3ªed. São Paulo: LTr, 2001, p.26.

<sup>25</sup> Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.73.

Ronald Dworkin, que restabelece a conexão entre direito e moral. “Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico”.<sup>26</sup>

### 1.2.1 A teoria de Robert Alexy

Segundo Alexy, os princípios são *mandamentos de otimização*. Isto é, os princípios são normas, um comando, um mandamento, que devem ser realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas presentes.<sup>27</sup> Destarte, os princípios são um aperfeiçoamento da norma em relação ao caso concreto, no sentido de que se aproximam mais dos fatos do que as regras, permitindo soluções jurídicas mais eficientes, já que os princípios trazem consigo os valores do direito que se traduzem nos direitos fundamentais.

Os princípios são mandamentos que devem ser realizados na medida do possível, o que significa que *não* são *absolutos*; dessa forma, um princípio pode ser afastado em favor de outro princípio que seja mais adequado às particularidades do caso concreto. Esse confronto é o que Alexy chama de *colisão* entre princípios, que se resolve através do *sopesamento*. Esta técnica nada mais é do que a análise de qual princípio melhor se adequa às particularidades do caso concreto, trata-se de um contrabalanço focado nas variáveis do caso para se alcançar o resultado *ótimo*.

Para mostrar que um princípio sobrepõe-se a outro somente quando se consideram as variáveis do caso concreto, Alexy propõe a seguinte expressão:  $C - (P1 \mathbf{P} P2) C$ , que se traduz como a prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 somente diante das condições do caso concreto.<sup>28</sup>

O fato de poderem ser sopesados e afastados em favor de outro princípio mostra o caráter relativo dos princípios que são então chamados de direitos e deveres *prima facie*: são gerais, mas podem ser restritos conforme o caso concreto a ponto de serem excluídos em nome do resultado ótimo.

Essa característica é reveladora também da distinção entre princípios e regras. As regras são válidas ou não, são deveres definitivos aplicados por meio da subsunção. Interpreta-se o texto enunciativo da regra e verifica-se a subsunção, assim feita, a regra é aplicada

<sup>26</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1, p.607-630, 2003. Disponível em: <<http://yimg.com/Virgilio>>. Acesso em: 26 fev.2013.

<sup>27</sup> Alexy, Robert. Ob. cit., p.30-35.

<sup>28</sup> Idem, p.83.

integralmente. Ao passo que os princípios não são hipóteses, não são aplicados por simples subsunção, são enunciados mais amplos que as regras e além da interpretação ainda se submetem ao sopesamento em relação a outros princípios.<sup>29</sup>

[...] tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deontológicas básicas do mandamento, da permissão e de proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.<sup>30</sup>

Na teoria de Alexy os princípios são normas devido a sua estrutura normativa e não porque são fundamentos do ordenamento jurídico.<sup>31</sup> Assim, a normatividade dos princípios não advém da sua fundamentalidade; são normas devido a sua estrutura e, sendo normas, não são hierarquicamente superiores às regras, mas como mandados de otimização devem ser aplicados na maior medida possível.

### 1.2.2 A teoria de Ronald Dworkin

As regras são aplicáveis ou não. Se um comportamento se ajusta à regra, então a regra é válida e serve para solucionar o caso; se não se ajusta à regra, esta não tem validade nenhuma para o caso. Na síntese de Dworkin: as regras são tudo ou nada<sup>32</sup>, são válidas ou não, restringem-se portanto à sua dimensão de validade. “Se duas regras entrarem em conflito, uma delas não pode ser regra válida. A decisão acerca de qual será válida e qual deverá ser abandonada ou reformada fica sujeita a considerações exteriores às próprias regras”.<sup>33</sup>

Diferentemente, os princípios possuem o sentido de *peso*. Assim, um princípio que foi aplicado a um caso hoje pode não ser aplicado amanhã em caso semelhante com circunstâncias diferentes, pois um princípio pode ter peso maior em um caso e menor em outro, pode ser mais importante para resolver o caso naquelas circunstâncias e não sê-lo em outras.<sup>34</sup> A admissão dos princípios passa pelo seu peso e não pela sua validade como ocorre com as regras.

### 1.2.3 Princípio da insignificância é um princípio implícito

Uma vez emanada, a norma parece tomar vida própria, perde-se no mundo a “intenção” do legislador e passa a vigorar toda sorte de interpretações e aplicações a que se submete a

<sup>29</sup> Silva, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p.607.

<sup>30</sup> Alexy, Robert. Ob. cit., p.83.

<sup>31</sup> Silva, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p. 607.

<sup>32</sup> Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.24.

<sup>33</sup> Idem, p.24.

<sup>34</sup> Idem, p.27.

norma. “A lei, comum na origem, *se diversifica ao ser escrita*”.<sup>35</sup> Essa vitalidade da norma advém do ordenamento jurídico entendido no seu caráter axiológico, como sistema carregado de valores que *se pretende* um conjunto coerente e regular. O aspecto mais notável da norma como irradiadora reside nos princípios, cujo caráter geral e abstrato acaba por fazer desta espécie de norma o abrigo dos valores do direito.

A vitalidade da norma consiste na sua potencialidade de propagar valores para o direito, formando, para além do conteúdo textual, o conteúdo virtual do direito. Sendo os princípios enunciados generalistas, eles acabam por ser fonte do direito tácito, daquilo que se subentende do texto legal. Dessa forma, existem os princípios textualmente declarados nos diplomas legais, quando então são chamados de *princípios expressos*; e existem os *princípios implícitos*, aqueles que advém da potencialidade da norma como difusora de valores.

Ao lado dos princípios gerais expressos há os não-expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.<sup>36</sup>

A tradição legalista faz com que os princípios implícitos precisem de mais argumentos para fundar sua validade, entretanto seu fundamento encontra-se na própria Constituição Federal de 1988 que ratificou esses princípios ao dispor no §2º do art.5º que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.<sup>37</sup>

O referido preceito constitucional de recepção de direitos e garantias ínsitos aos princípios ali adotados é o bastião de que a própria Constituição reconhece que o direito não se resume às leis expressas, e que se constitui como um sistema de valores aberto a agregar mais direitos e garantias ao indivíduo. Trata-se de prescrição coerente com os ditames pós-positivista que lhe valeram o epíteto de Constituição Cidadã.

Do dispositivo constitucional tiram-se duas lições: (1) que o texto normativo não exaure a norma, de forma que a própria Constituição sanciona a recepção de novos direitos e garantias; e (2) que os novos direitos e garantias incorporados à ordem jurídica devem ser decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. No que tange aos princípios

<sup>35</sup> Villey, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito, os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria M.de Aguiar, rev. téc. Ari Solon. São Paulo: Malheiros, 2003, p.410.

<sup>36</sup> Bobbio, Norberto. Ob. cit., p.158-159.

<sup>37</sup> Constituição Federal, art.5º, §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por elas adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

implícitos isto significa que eles são oriundos do próprio sistema, na verdade não são novos, são *descobertos* pelos intérpretes da norma porque são ínsitos ao sistema.

Os princípios gerais no direito são, assim, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento. E o são justamente porque neste mesmo ordenamento – isto é, no interior dele – já se encontravam em estado de latência. Não se trata, portanto, de princípios que o aplicador do direito ou intérprete possa resgatar fora do ordenamento, em uma ordem suprapositiva ou no Direito Natural. Insista-se: eles não são descobertos em um ideal de ‘direito justo ou em uma ‘idéia de direito’. Trata-se, pelo contrário – e neste ponto desejo referir explicitamente os princípios descobertos no seio de uma Constituição – não de princípios declarados (porque anteriores a ela) pela Constituição, mas sim de princípios que, embora nela não expressamente enunciados, no seu bojo estão inseridos.<sup>38</sup>

O autor é veemente na sua afirmação de que os princípios implícitos sobrevivem da Constituição e não de uma ordem suprapositiva. Essa afirmação é necessária porque os princípios implícitos ainda encontram certa resistência para sua aceitação, a despeito da representativa doutrina que os acolhe e da ampla aplicação por parte dos tribunais. Afirmar que os princípios implícitos têm origem extra-ordenamento seria reconhecer a vigência do direito natural, algo impensável na conjectura jurídica atual ainda que se tenha estendido as fontes do direito para além das leis. Os valores do direito devem advir dos diplomas legais ou da sua interpretação.

Hoje já não se pode negar que os princípios ganharam seu legítimo espaço dentro do direito, mas ainda são muitas as críticas que lhe são dirigidas. Não passariam [...] de artifícios fabricados pelos juristas para esconder propósitos ideológicos, para encobrir disparatadas operações hermenêuticas etc. Não seriam (os princípios) mais que uma entidade fantástica [...] ou uma categoria que não existe [...] Quanto aos princípios implícitos não pode o resultado ser diferente (e nesse ponto temos que refutar a oposição de Kelsen). Eles também emanam do ordenamento jurídico vigente, possuem validade incontestável, embora exijam muito mais esforço para a concretização do seu conteúdo.<sup>39</sup> (grifou-se).

Com efeito:

A maioria das garantias e princípios consta explicitamente da Constituição, como é o caso do princípio da legalidade e da individualização da pena. Outros (implícitos), embora não estejam previstos expressamente, decorrem da lógica do sistema de valores que a Constituição consagra, como o princípio da proporcionalidade e lesividade. Tais princípios representam limitações importantes, formais e materiais, ao poder punitivo do Estado, por isso que constituem autênticas garantias, visto que oponíveis pelo indivíduo ao exercício do poder punitivo do Estado.<sup>40</sup>

O *status* normativo dos princípios deve-se ao movimento pós-positivista que, em contraposição ao positivismo jurídico, atribuiu força normativa aos princípios. Estes, como

<sup>38</sup> Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.115-117.

<sup>39</sup> Gomes, Luiz Flávio. *Normas, regras e princípios*. Parte 1. *JusBrasil*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

<sup>40</sup> Queiroz, Paulo. Ob. cit. p.30.

enunciados gerais e abstratos, contribuem para um ordenamento jurídico mais aberto e dinâmico, uma vez que se livra da tirania do legislador como senhor absoluto do sentido das leis. Os valores inerentes aos princípios trazem de volta os ideais de justiça material, de forma que ordenamento passa a ser desavergonhadamente valorativo.

Em termos de direito comparado e de exemplo do modelo pós-positivista, tem-se a declaração do Tribunal Constitucional Federal Alemão:

[...] o Direito não se identifica com o conjunto de leis escritas. O juiz não está, portanto, constrangido pela Lei Fundamental a aplicar ao caso concreto as indicações do legislador dentro dos limites do sentido literal possível. A tarefa da aplicação do Direito pode exigir, em especial, evidenciar e realizar valorações em decisões mediante um ato de conhecimento valorativo em que não faltam elementos volitivos. Tais valorações são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas não chegaram a ser expressas nos textos das leis ou o foram apenas parcialmente [...] Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da razão prática e as 'concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade'.<sup>41</sup>

Os princípios implícitos são derivações dos princípios expressos a partir do reconhecimento do caráter axiológico da Constituição e da insuficiência dos textos legais para resolução dos conflitos. Os princípios implícitos equiparam-se aos princípios expressos, ou seja, também são normas, porque são fragmentos dos valores emanados pelos princípios expressos. Cabe ao intérprete *descobrir* os princípios implícitos porque é ele que lida com a complexidade dos casos concretos, com a relação entre lei e vida real, aquele momento em que a relação humana é aprisionada e torna-se fato jurídico.

Finalmente, pode-se afirmar que o princípio da insignificância é um princípio constitucional implícito advindo da limitação do poder punitivo estatal apregoada pela Constituição, fortemente sustentado pelos princípios da intervenção mínima, da liberdade e da proporcionalidade.

### **1.3 Fundamentos jurídicos do princípio da insignificância**

#### **1.3.1 Princípio da intervenção mínima**

O direito penal pretende ser a substituição racional da vingança privada, entretanto sua atuação é irracional, pois age limitando a liberdade do indivíduo. A irracionalidade do direito

---

<sup>41</sup> BVerfGE 34, 269 In: Alexy, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda H. S. Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005, p.53-54.

penal consiste também no exercício punitivo reprodutor da desigualdade, visto que as penas são dirigidas principalmente para os setores desfavorecidos da sociedade.

Por essa razão firmou-se a concepção de que o direito penal deve ser *mínimo*, de que a pena é a *ultima ratio*, só deve ser considerada e aplicada quando esgotados os demais recursos jurídicos e administrativos para tanto: o “direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito”.<sup>42</sup>

Duas características do direito penal se relacionam diretamente com o princípio da intervenção mínima: a *fragmentariedade* e a *subsidiariedade*. Esta última característica decorre do direito penal entendido como a intervenção mais drástica do Estado na vida do cidadão, de forma que só deve intervir quando outras formas de controle social mostrarem-se insuficientes.<sup>43</sup>

Esta característica introduz o debate sobre a natureza sancionadora ou constitutiva do direito penal. Como sancionador o direito penal é acessório (*ultima ratio*), e como constitutivo é primário (tutela bens diferentes dos outros ramos do direito ou tutela-os de forma diferenciada). A compreensão atual da Constituição como provedora do ordenamento jurídico impõe a aceção do direito como um só, ainda que separado em ramos, portanto é a Constituição que define o ilícito e o direito penal só o regula; constituindo-se, assim, o direito penal como subsidiário de natureza *sancionatória*.<sup>44</sup>

Quanto à fragmentariedade, o direito penal assim se caracteriza porque protege bens jurídicos apenas de forma fragmentária: só os mais importantes e quando gravemente atingidos. Constituindo-se o direito penal como um “*sistema descontínuo de ilicitudes*”.<sup>45</sup> Nesse sentido a tutela penal deve ser restritiva, tanto seletiva dos bens jurídicos quanto das ofensas, chegando-se por essa via a penas realmente necessárias e de fato protetoras dos bens jurídicos.

Além de derivado das duas características do direito penal expostas acima, o princípio da intervenção mínima é um princípio implícito oriundo da lógica de princípios constitucionais limitadores do poder punitivo do Estado, próprios do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>42</sup> Batista, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. 3ªed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p.85.

<sup>43</sup> Queiroz, Paulo. Ob. cit., p.31.

<sup>44</sup> Cf. Batista, Nilo. Ob. cit., p.88-90; Queiroz, P. Ob. cit., p.30-32.

<sup>45</sup> Batista, Nilo. Ob. cit., p.86.



O princípio da intervenção mínima emerge como a expressão daquilo que Beccaria já propunha como medidas do direito penal moderno, que deve ser mínimo, pois “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que dela possam resultar, mas criar outros novos”.<sup>46</sup>

### 1.3.2 Princípio da lesividade

Este princípio também é conhecido pela expressão latina *nullum crimen sine iniuria*, ou como princípio da ofensividade ou ainda como princípio da proteção de bens jurídicos.

De acordo com o princípio da lesividade, somente as condutas que causam grave lesão a bem jurídico *alheio*, afastadas assim as condutas contra si mesmo, como tentativa de suicídio, automutilação, etc., e que não representam mera ofensa a ordem e a moral podem ser criminalizadas.<sup>47</sup> Pois os bens jurídicos em um Estado democrático são apenas aqueles que protegem os direitos fundamentais, conseqüentemente estão fora da órbita da responsabilidade penal as aferições subjetivistas.

À primeira vista a função do referido princípio é a mesma do princípio da fragmentariedade: o direito penal só se ocupa dos bem jurídicos mais importantes e quando gravemente ofendidos. Contudo, são princípios com funções diferentes, mas complementares. Enquanto que o princípio da fragmentariedade advém da qualidade seletiva do direito penal no que se refere aos bens jurídicos e às ofensas; o princípio da lesividade pauta-se na medida da lesão, que deve ser grave e a bem jurídico alheio, desconsiderando-se as condutas meramente imorais.

O princípio da lesividade pode ser extraído do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário expresso no art.5º, inc. XXXV da CF/88: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Cabe ao Poder Judiciário somente julgar lesão ou ameaça a direito, de modo que somente as condutas lesivas a direitos de outrem serão responsabilizadas. Também do art.13 do Código Penal<sup>48</sup> depreende-se o princípio da lesividade, pois o autor deve responder exclusivamente pela conduta lesiva, pelo fato, e não pelo que é.

<sup>46</sup> Beccaria, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro B. Contessa. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.314.

<sup>47</sup> Muñoz Conde, Francisco., Karam, Maria Lúcia. *apud* Queiroz, Paulo. Ob. cit., p.58.

<sup>48</sup> Código Penal. Art.13 O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a que lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem o qual o resultado não teria ocorrido.

O princípio da lesividade é uma das bases da insignificância porque reforça a proteção de bens jurídicos como fim da norma penal, o delito é a lesão ao bem jurídico e não a lesão a norma.

### 1.3.3 Princípio da liberdade

A Constituição Federal de 1988, no seu preâmbulo e nos arts. 3º e 5º, garante o direito à *liberdade*. Direito este que deve ser entendido em sentido amplo (em referência a todas as liberdades individuais) em respeito ao Estado Democrático de Direito, de forma que “a liberdade é assim a regra; a não-liberdade, a exceção”.<sup>49</sup>

A pena restritiva de liberdade imposta pelo direito penal constitui-se como exceção ao preceito constitucional de direito à liberdade; isto porque o direito penal protege os bens jurídicos de forma fragmentária, relativa; assim, se alguém ofende a liberdade de outro terá seu direito à liberdade interrompido pela intervenção penal que lhe aplicará uma pena restritiva de liberdade. Deste modo, a restrição de liberdade serve para garantir a própria liberdade dos cidadãos,

por isso que medidas de constrição ao indivíduo, principalmente as de caráter penal, só se legitimam na medida em que sirvam à afirmação da liberdade mesma, ou seja, só quando sirvam à efetiva proteção do cidadão, o que é o mesmo que dizer quando resultem necessárias à realização da própria liberdade.<sup>50</sup>

Por isso, não há sentido em se punir com pena restritiva de liberdade os crimes irrelevantes, pois estes podem ser tutelados por outros ramos do direito, ou por outras formas de controle social que não tenham ação tão drástica sobre a liberdade do indivíduo como o direito penal. De forma que o controle social da criminalidade não pode ficar restrito às penas.

Modernamente, de acordo com as teorias unitárias ou ecléticas, a justificação da pena depende da justiça de seus preceitos e da sua necessidade para a preservação das condições essenciais da vida em sociedade, ou seja, da proteção de bens jurídicos. Assim, a legitimidade da pena reside na sua justiça e utilidade. De acordo com a teoria dialética unificadora de Roxin, a finalidade do direito penal é a prevenção de delitos de forma subsidiária; e de acordo com o garantismo de Ferrajoli, o direito penal se justifica pela prevenção geral negativa, quando a norma penal tem por fim dissuadir os cidadãos de praticar delitos, e como um sistema de garantias dos cidadãos ante o Estado e os próprios indivíduos.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Queiroz, Paulo. Ob. cit. p.39.

<sup>50</sup> Idem, ibidem.

<sup>51</sup> Queiroz, Paulo. Ob. cit., p.131-136.

Mesmo porque a criminologia crítica já mostrou que o controle penal desempenha função puramente simbólica. A intervenção penal objetiva apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos de insegurança e não uma real proteção dos bens jurídicos.<sup>52</sup>

### 1.3.4 Princípio da proporcionalidade

Em seu texto sobre o princípio da proporcionalidade, Virgílio Afonso da Silva<sup>53</sup> atenta para o fato de que comumente associa-se o referido princípio à proibição de excesso dos poderes estatais. Todavia, o princípio da proporcionalidade também pode ser usado como instrumento contra a omissão dos poderes estatais. No que concerne ao direito penal, portanto, a proporcionalidade compreende tanto a proibição do excesso quanto a de insuficiência da resposta jurídico-penal<sup>54</sup>, mas serve primordialmente à função proibitiva da punição excessiva por parte do Estado.

A revolução constitucional que ocorreu após a Segunda Guerra colocou os direitos fundamentais como o centro da ordem jurídica, de forma que a partir de então esses direitos tornaram-se normas, atos vinculantes<sup>55</sup>, e não mais meras normas programáticas. “Contribui o princípio [da proporcionalidade] notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes”.<sup>56</sup>

Servindo para conciliar o direito formal com o material, o princípio da proporcionalidade permite uma aproximação muito maior ao caso concreto, constituindo-se, para o juiz, como instrumento de adequação da norma ao contexto social. Desta sua qualidade depende-se os novos ares de desvinculação do juiz ao texto legal, que, sem abandonar o princípio da legalidade, deixa de ser simplesmente a boca da lei, avançando para a interpretação normativa consoante os princípios constitucionais.

Nesse ponto reside o coração do princípio da proporcionalidade no ambiente jurídico atual. Para que o referido princípio não seja reduzido a mero termo jurídico que oculta o arbítrio do juiz, esvaziando seu conteúdo, faz-se necessário sua interpretação conforme a Constituição. Afinal, o direito está sempre um pé atrás das transformações sociais, a produção

<sup>52</sup> Franco, Alberto Silva. Prefácio à 1ª edição. In: Zaffaroni, Eugenio Raúl., Pierangeli, José Henrique. Ob. cit., p.15.

<sup>53</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. p. 28. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br>>. Acesso em: 04 mar. 2013.

<sup>54</sup> Queiroz, Paulo. Ob. cit., p.47.

<sup>55</sup> Bonavides, Paulo. Ob.cit., p.398-399.

<sup>56</sup> Idem, p.399.

normativa não consegue acompanhar a dinâmica social, por isso normas amplas como os princípios são meios de sanar inconstitucionalidades através do aplicador da lei.

Não há na nossa Constituição referência expressa ao princípio da proporcionalidade, trata-se de princípio implícito derivado do Estado de Direito. Conquanto esta seja a posição predominante, Virgílio Afonso da Silva no seu significativo artigo sobre o princípio da proporcionalidade (ou a *regra* da proporcionalidade, conforme suas estritas observações) afirma que o referido princípio decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos e não de uma norma de direito positivo ou do Estado de Direito, pois se derivassem do Estado de Direito não haveria como justificar a não-utilização desse princípio por países onde inegavelmente vige o Estado de Direito, como os Estados Unidos.<sup>57</sup>

Dentre os autores clássicos já se preconizava a necessidade de proporcionalidade no direito penal, de proporcionalidade entre crime e pena. Na verdade, a proporção é uma analogia entre ação e reação, quando a reação é na mesma medida da ação. Na Antiguidade, Aristóteles se ocupou do tema ao pensar a ética concluindo sobre a *justiça distributiva*, que consiste em dar a cada um segundo seus méritos.<sup>58</sup> Na Modernidade, Beccaria estabeleceu os parâmetros da proporcionalidade da pena com fim preventivo; para ele, a pena com finalidade de prevenção geral deve ser graduada conforme a gravidade do crime:

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que o levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.<sup>59</sup> (grifou-se)

Já antes de Beccaria, Montesquieu manifestou-se sobre a necessidade de penas proporcionais: “É um grande mal, entre nós, aplicar a mesma pena àquele que rouba em uma estrada e ao que rouba e assassina. É evidente que, para o bem da segurança pública, dever-se-ia estabelecer alguma diferença entre as penas”.<sup>60</sup>

Observa-se a importância da proporcionalidade no direito penal quando se folheia a parte especial do nosso Código Penal, onde é possível visualizar a distribuição de penas conforme a concepção de gravidade do crime. Ali se percebe o esforço de se cominar penas proporcionais, que se observa, igualmente, na parte geral através dos conceitos de prescrição, erro de tipo, excludentes de ilicitude, etc. Donde se conclui que o direito penal por si mesmo é

<sup>57</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. p. 45. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br>>. Acesso em: 04 mar.2013.

<sup>58</sup> Abbagnano, Nicola. Ob. cit., p.52.

<sup>59</sup> Beccaria, Cesare. Ob. cit., p. 37.

<sup>60</sup> Montesquieu. *O espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.103.

uma medida de proporcionalidade que procura ajustar, adequar, a punição (que parte do Estado) ao crime (que parte do indivíduo). E que o princípio da proporcionalidade é instrumento essencial na contenção do poder estatal, sua essencialidade reside no fato de estar presente tanto no momento da produção das leis quanto da sua aplicação.

A aplicação do princípio da proporcionalidade baseia-se em três sub-princípios, ordenadamente: (1) da adequação, (2) da necessidade e (3) da proporcionalidade em sentido estrito. Estes sub-princípios são subsidiários entre si, o que significa que devem seguir uma ordem e que o segundo só será analisado se o primeiro não foi suficiente para resolver a questão, assim como só se chega ao terceiro se o primeiro e segundo se mostrarem insuficientes.<sup>61</sup>

Entretanto, no que concerne ao direito penal parece mais apropriado analisar primeiramente o sub-princípio da necessidade e então o da adequação, mantendo-se o da proporcionalidade em sentido estrito por último; pois se não há *necessidade* de intervenção do direito penal, nem se passa ao exame da resposta jurídico-penal mais *adequada*, conforme melhor exposto nas linhas seguintes.

O sub-princípio da adequação, ou da idoneidade, constitui critério de verificação entre meio (pena) e fim (proteção de bens jurídicos), que devem estar de acordo com a Constituição; desponta, portanto, como instrumento de controle de constitucionalidade.<sup>62</sup> Enquanto o princípio da intervenção mínima impõe a intervenção penal como último recurso, o sub-princípio da adequação consiste na aplicação de meios idôneos para a consecução dos fins do direito penal, em suma: a pena deve ser imposta com o exclusivo objetivo de prevenir comportamentos lesivos aos bens jurídicos. Se não for para atingir seu fim, deve-se optar pela *descriminalização*, por lei ou por interpretação, ou pela *despenalização*.<sup>63</sup>

Um direito penal da liberdade gravita em torno do princípio da *nullum crimen, nulla poena sine necessitate*, no sentido de que a sanção penal circunscreve-se ao rigoroso limite da *necessidade* de tutelar os direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>64</sup> Isto implica na idéia de *subsidiariedade* do direito penal, devendo-se a este recorrer-se somente como *extrema ratio*, quando outros remédios previstos no ordenamento jurídico resultam inadequados ou

<sup>61</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. p. 34. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br>>. Acesso em: 05 mar.2013

<sup>62</sup> Vieira, Antônio. *Princípio da proporcionalidade e prisão provisória*. Disponível em: <<http://www.jusvigilantibus.com.br>>. Acesso em: 12 mar.2013.

<sup>63</sup> Queiroz, P. Ob. cit., p. 48.

<sup>64</sup> Mantovani apud Rizzieri, A. *Il danno non patrimoniale da reato*. Disponível em: <<http://www.google.com.br/books>>. Acesso em: 13 fev.2013.

insuficientes. Dessa forma, o sub-princípio da necessidade funciona no direito penal conforme o princípio da intervenção mínima.

Concluindo-se pela necessidade da intervenção jurídico-penal, passado o exame do meio mais adequado e optando-se pela penalização, esta deve ser individualizada de acordo com a culpabilidade do réu nos termos do art. 59 do Código Penal. A individualização da pena requer juízo de ponderação entre o crime e a pena, que deve ser proporcional à conduta delituosa, é o momento, portanto, do exame do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

## 2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

De acordo com o princípio da insignificância, um crime não será assim considerado em vista da sua irrelevância para o direito penal. Ou, em termos jurídicos: as condutas formalmente típicas que não atingem de forma relevante os bens juridicamente protegidos pelo direito penal são afastadas pela concepção material do tipo penal.

O movimento social de ascensão da burguesia que se traduziu no pensamento iluminista contrapôs-se fortemente ao sistema penal do absolutismo que se baseava em torturas, julgamentos secretos, perseguição e confisco dos bens do condenado. A obra clássica do marquês de Beccaria (1738-1794), *Dos delitos e das penas*, influenciou o movimento iluminista resultando na inclusão na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) o que se pode chamar de embrião do princípio da insignificância, porquanto naquela época ainda não se tinha a noção de bem jurídico: “Art.5º - a lei proíbe senão as ações nocivas à sociedade [...]. Art.8º - A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias”.

Beccaria pensava a pena como o modo de garantir o cumprimento das leis de maneira que “as penas que ultrapassem a necessidade de conservar o depósito de saúde pública são injustas por natureza”<sup>65</sup> e que “a exata medida dos delitos é o dano causado à sociedade.”<sup>66</sup> Assim, o autor advertia sobre o maior dos impasses do direito penal desde sempre: a *medida* da pena.

Por mais que se justifique a imposição da pena, seja porque a pena tem o fim de reconstituir a justiça, como afirmava Aristóteles<sup>67</sup>; seja porque a pena serve para recuperar o réu, conforme defendia Platão<sup>68</sup>; seja porque a pena tem a função de defesa social servindo como preventiva do comportamento humano como propunha Beccaria, a questão que permanece é como impor pena *proporcional* ao crime cometido.

Para que uma conduta configure-se como crime ela precisa ofender *gravemente* o bem jurídico protegido, não é qualquer ofensa que forma o injusto penal, “amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma

---

<sup>65</sup> Beccaria, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro B. Contessa. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.24.

<sup>66</sup> Idem, p. 87.

<sup>67</sup> Abbagnano, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi, Maurice Cunio, et al. 2ªed. São Paulo: Mestre Jou, 1962, p.719.

<sup>68</sup> Idem, p. 720.

*relevância material.*”<sup>69</sup> Para essas condutas e em respeito ao princípio da proporcionalidade, é que se impõe o princípio da insignificância.

Quando o Poder Legislativo define as condutas criminosas e os bens jurídicos tuteláveis o faz de maneira geral e abstrata, compreendendo a conduta nos seus diversos graus. Contudo, na prática, o comportamento humano se realiza das mais variadas formas e contextos. Nesse sentido, verifica-se especialmente o *grau da lesão produzida*.

O princípio da insignificância surge como o corolário de diversos princípios que foram sendo incluídos nos ordenamentos jurídicos modernos desde o movimento iluminista para sofisticar o direito penal, tais como o princípio da proporcionalidade, da intervenção mínima e da lesividade.

Já no direito romano havia a máxima latina *minima non curat praetor* que era invocada nos casos considerados irrelevantes que não mereciam a atenção do juiz (ou seja, da justiça). Entretanto, alguns autores<sup>70</sup> esclarecem que o referido axioma não tinha o sentido que se lhe atribui hoje e que não constava no *Corpus Juris Civilis*, razão pela qual se entende que se trata de uma construção dos humanistas que cobriram a expressão com o véu liberal e refratário a imposições autoritárias.<sup>71</sup>

Modernamente, atribui-se a Claus Roxin o restabelecimento do princípio da insignificância nos ordenamentos atuais. Antes dele, Welzel propôs o princípio da adequação social para impedir que o tipo penal alcançasse também as situações de tipicidade aparente, aquelas situações que se amoldam ao tipo penal, mas são socialmente aceitas.<sup>72</sup>

Segundo Zaffaroni, Roxin enunciou este princípio pela primeira vez em 1964, referindo-se ao constrangimento ilegal, nos seguintes termos:

El viejo principio *minima non curat praetor* vale en la coacción en especial medida. Las influencias coercitivas sin duración, y las consecuencias que no son dignas de mención, no son socialmente dañosas en sentido material. Quien, por ejemplo, para jugarle una mala pasada a otro le mantiene cerrada la puerta delante de las narices un instante, actúa en forma formalmente inadmisibile. Pero aquí el perjuicio no pesa seriamente, debiéndose negar una perturbación de la vida común ordenada, de modo

<sup>69</sup> Bitencourt, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte geral. 4ª ed. rev. ampl. atual. leis 9.099/95 e 9.271/96 do livro lições de direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.45.

<sup>70</sup> Guzmán Dalbora e Ribeiro Lopes *apud* Silva, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 2ª ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2011, p.93.

<sup>71</sup> Guaracy Rêbello citando Luisi informa que Franz von Listz em 1896 já enfatizava que no seu tempo fazia-se uso excessivo da pena e indagava se não seria oportuno acolher de novo a máxima *minima non curat praetor*, sugerindo que o magistrado deve desprezar casos insignificantes para cuidar de questões realmente relevantes. In: Rêbello, José Henrique Guaracy. Breves considerações sobre o princípio da insignificância. *Revista CEJ*, Brasília, n°10, p. 61-67, jan./abr.2000.

<sup>72</sup> Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.133.



que excluya una coacción punible. Eso juega un papel importante, especialmente en fugaces ingerencias en el tráfico callejero. En el caso de la amenaza, este principio está ya contenido en la característica legalmente exigida de la 'sensibilidad' del mal.<sup>73</sup>

No Brasil o princípio da insignificância não está expresso na Constituição e tampouco no Código Penal, já no Código Penal Militar faz-se referência expressa ao princípio no seu art. 209, §6º<sup>74</sup>.

Contudo, a falta de regulação expressa no texto legal não pode ser óbice ao reconhecimento do princípio da insignificância, pois o direito não se exaure na norma escrita.<sup>75</sup> Ademais, o direito penal se submete à Lei Maior que adotou o princípio da intervenção mínima ao impor princípios limitadores do poder punitivo do Estado, próprios do Estado Democrático de Direito. *“Existen causales de justificación no escritas, y por consiguiente supralegales, propias de un Estado donde se encuentran vigentes todas las garantías constitucionales que sostienen los principios de inocência y reserva.”*<sup>76</sup>

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o “direito penal não sanciona toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, mas só aqueles que produzem graves consequências e que resultem de ações especialmente intoleráveis”.<sup>77</sup> Produzem graves consequências as ações que rompem com o contrato social de uma vida minimamente segura, de forma que o direito penal não se vincula a uma imoralidade da conduta, senão ao seu potencial de dano social.<sup>78</sup>

Também não merece acolhimento a tese de que o princípio da insignificância não pode ser aceito porque nosso sistema penal regula expressamente os crimes de menor potencial ofensivo<sup>79</sup>, pois se o crime é desta espécie não é crime, visto que o direito penal caracteriza-se pela fragmentariedade e subsidiariedade, nos termos do princípio da intervenção mínima.

Além disso, ao contrário do que possa parecer, Mañas chama a atenção para o fato de que o preceito constitucional confirma o princípio da insignificância, pois “não determina que

<sup>73</sup> Roxin, Claus *apud* Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981, p.554.

<sup>74</sup> Código Penal Militar, art.209, §6º No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar.

<sup>75</sup> Ver capítulo 1º, item 1.2.3 que trata dos princípios implícitos.

<sup>76</sup> De acordo com os ensinamentos de Maurach, Zipf e Jescheck. In: Cornejo, Abel. *Teoría de la insignificância*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, p.55.

<sup>77</sup> Mañas, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.60.

<sup>78</sup> Rêbello, José Henrique Guaracy. *Ob. cit.*, p. 62.

<sup>79</sup> Como as contravenções penais, o furto privilegiado (art.155, §2º, CP), art.171, §1º, CP, art.170, CP, art.180, §5º, CP e art.98, I, CF/88 que criou os juizados especiais.

se devam criminalizar casos de bagatela, mas apenas estabelece diretriz destinada a regular o processo e julgamento dessas ofensas menores”.<sup>80</sup> Não é porque a Constituição diz como uma coisa deve ser feita que está proibindo outra.

Como princípio implícito derivado da natureza fragmentária e subsidiária do direito penal e sem critérios condicionantes exatos, o princípio da insignificância gera o temor da insegurança jurídica; e, por outro lado, como excludente de tipicidade, gera o temor da insegurança pública, o medo de que a impunidade da ninharia crie o caos da segurança pública.<sup>81</sup>

Na opinião de Zaffaroni, a renúncia ao princípio da insignificância em função da segurança jurídica é uma falácia porque se baseia exclusivamente na concepção de delito como pura lesão ao dever ao invés de proteção de bens jurídicos. Para o autor, a segurança jurídica não é a aplicação mecânica e exegética da lei penal, agir dessa forma, sem se preocupar com o sentido da norma e do ordenamento jurídico é agir irracionalmente, incabível em um Estado Republicano.<sup>82</sup>

Por essa razão é preciso afirmar que com o princípio da insignificância não se pretende tornar lícitas as condutas lesivas de pouca relevância. Pretende-se, tão somente, afastá-las do âmbito do direito penal, deixar que outros ramos do direito, ou outras formas de controle social, cuidem de solucioná-las.

Mesmo porque a criminologia crítica mostrou que o direito penal age desigualmente, selecionando os bens jurídicos protegidos e os comportamentos ofensivos, atribuindo *status* de criminosos a determinados indivíduos e, por conseguinte, estigmatizando-os.<sup>83</sup> Dessa forma, fica demonstrado que a criminalidade é um fenômeno social e não apenas uma definição normativa.

---

<sup>80</sup> Mañas, Carlos Vico. Ob. cit., p.63.

<sup>81</sup> Conforme opinião de desembargador do TJ/SC em voto de acórdão que negou o princípio da insignificância em furto de um botijão de gás que foi devolvido para a vítima: “Estaremos a estimular que os cidadãos criem um Estado paralelo para resolver esses pequenos delitos, criando uma situação de barbárie, totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois a vítima de um delito dificilmente acionará a estrutura estatal caso seja vítima de um novo delito.” (TJ/SC, AC 2012.048706-5/Campo Belo do Sul, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, 1ª Câmara Criminal, j. 02/10/2012).

<sup>82</sup>Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981, p.557.

<sup>83</sup> Andrade, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.218.

## 2.1 Conceito – tipicidade material

Como é sabido, o princípio da insignificância não se encontra expresso no texto legal, coube, portanto, a doutrina e a jurisprudência a conceituação deste princípio, sempre com base na natureza fragmentária e subsidiária do direito penal.

Francisco Assis Toledo foi o primeiro a mencionar o princípio da insignificância no Brasil em 1982. Vico Mañas também foi um dos pioneiros do tema aqui, o conceito de princípio da insignificância que ele firmou é constantemente e merecidamente reproduzido na doutrina e jurisprudência pátria, já que o autor conseguiu sintetizar em poucas linhas o conceito, a natureza e o conteúdo jurídico do referido princípio:

O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas, que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevantes os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.<sup>84</sup>

Infere-se deste conceito que o princípio da insignificância é uma excludente de tipicidade (natureza) baseada na concepção de tipicidade material que permite avaliar o crime de forma restritiva (conteúdo interpretativo) através do exame da relevância social do desvalor da ação e do resultado. Apesar de consistir em excludente não inserida no texto legal, seu reconhecimento está de acordo com a sistemática jurídico-penal, seja em relação à dogmática jurídico-penal, seja em relação à política-criminal. Quanto à primeira porque decorre de princípios constitucionais e penais; quanto à segunda porque impede que autores de crimes insignificantes sejam penalmente responsabilizados.

A definição do que seja crime insignificante ou irrelevante fica, como tantos outros conceitos, a cargo do juiz, que vai decidir, a partir de uma visão integrada do ordenamento jurídico, se o grau de intensidade de afetação ao bem jurídico, apesar da tipicidade, merece a intervenção penal.

A sociedade enquanto unidade subordinada ao *contrato social* vai punir, via direito penal, toda lesão a bem jurídico que ferir a liberdade garantida pelo contrato social.<sup>85</sup> Nesse sentido, bens jurídicos são os direitos que se deseja proteger através da norma, que no caso do direito penal consiste em normas penais. Assim, “bem jurídico tutelado é a relação de

<sup>84</sup> Mañas, Carlos Vico. Ob. cit., p.81.

<sup>85</sup> Feurbach, A. *apud* Cornejo, Abel. Ob. cit., p.29.

disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.”<sup>86</sup>

Deve-se a escola neokantista, de origem alemã, a evolução da teoria do tipo interpretada em função do bem jurídico, dando suporte normativo à elaboração da tipicidade material da qual surgiu a excludente de tipicidade.<sup>87</sup>

*Tipicidade material* é a base do desenvolvimento da idéia de insignificância. De acordo com a tipicidade material, para se configurar como crime, a conduta do agente deve violar a norma penal e os valores culturais, no sentido de que deve produzir um prejuízo social (violar ou pôr em perigo o bem jurídico) além da subsunção típica.

A integração desse conceito de *tipicidade material* com a idéia de que a missão última da repressão estatal é a proteção de *bens jurídicos* e não de meros comportamentos imorais, permite o desenvolvimento do *princípio da insignificância*.<sup>88</sup>

Não obstante a discussão sobre prejuízo social e o significado de bem jurídico, os critérios de *desvalor da ação* e *desvalor do resultado* fazem parte da concepção da insignificância. Devendo-se considerar ainda, de acordo com Mañas, uma antecipação da pena, analisando-se a necessidade de sua imposição enquanto benéfica ao autor e à sociedade.<sup>89</sup>

A relevância dada à proteção de bens jurídicos como fim do direito penal eleva a importância do critério de desvalor do resultado na estrutura do delito em detrimento do desvalor da ação. Esse evidente destaque não tem relação nenhuma com as teorias finalista e causalista, refere-se somente ao redimensionamento da tipicidade dentro do direito penal moderno.

Obviamente que a tipicidade, como desvalor da ação, se mantém como o núcleo do injusto penal, “mas a idéia de que o ato delitivo exige também um *desvalor do resultado* aponta para um conceito de tipicidade mais rico em conteúdo”.<sup>90</sup> O fato é que tanto desvalor da ação quanto desvalor do resultado são importantes na exclusão da tipicidade, pois estão

---

<sup>86</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl., Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. V.1. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.399.

<sup>87</sup> Roxin, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 23 a 25.

<sup>88</sup> Bottini, Pierpaolo Cruz., et al. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. *RBCrim*, n°98, p. 117-148, 2012.

<sup>89</sup> Mañas, Carlos Vico. Ob. cit., p.60.

<sup>90</sup> Bottini, Pierpaolo Cruz. et al. Ob. cit., p.122.

entrelaçados, visto que o desvalor de uma conduta pressupõe sempre o desvalor de um resultado.<sup>91</sup>

O que se quer dizer, em síntese, é que a verificação do delito constitui-se tanto pela ação quanto pelo resultado. A ação é facilmente verificada através da concreção no mundo dos fatos da hipótese normativa; o resultado é um pouco complicado porque se refere ao resultado normativo, tem que haver dano ou perigo ao bem jurídico. Assim, o injusto se forma pela ação que gera, no mínimo, risco ao bem jurídico.

Ainda que exista *resultado* no sentido naturalístico – consubstanciado 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.<sup>92</sup>

A visão de que a irrelevância jurídica do resultado afeta materialmente a estrutura do delito levou parte da doutrina a considerar a natureza jurídica do princípio da insignificância como excludente de antijuridicidade.<sup>93</sup> E, mais recentemente, um autor fundou tese de que este princípio tem natureza ubíqua, ora *excludente de tipicidade*, ora *excludente de antijuridicidade*: “Quando a supremacia for o desvalor da ação, será afastada a tipicidade do comportamento realizado; por outro lado, a supremacia do desvalor do resultado afasta a antijuridicidade da conduta.”<sup>94</sup>

A classificação do princípio da insignificância como excludente de antijuridicidade possibilita a expansão do seu reconhecimento pelos Tribunais, passando a abranger aquelas situações em que o autor do fato considerado criminoso habitual e, portanto, merecedor de pena, pratica atos de consequência minimamente significativa para o direito penal e para a sociedade.<sup>95</sup>

Como excludente de antijuridicidade, o princípio da insignificância recebe o seguinte conceito: “[...] aquele que interpreta restritivamente o tipo penal, aferindo qualitativa e quantitativamente o grau de lesividade da conduta, para excluir da incidência penal os fatos de poder ofensivo insignificante aos bens jurídicos penalmente protegidos.”<sup>96</sup> Assim, como no

<sup>91</sup> Mañas, Carlos Vico. Ob. cit., p.61.

<sup>92</sup> Bottini, Pierpaolo Cruz. *et al.* Ob. cit., p.123.

<sup>93</sup> Nesse sentido posicionam-se Alberto Silva Franco, Zaffaroni e Pierangeli mediante concepção conglobada da norma. In: Rêbello, José Henrique Guaracy. Ob. cit. p.63; Carlos Frederico Pereira e Juarez Tavares. In: Silva, Ivan Luiz da. Ob. cit., p.166.

<sup>94</sup> Silva, Ivan Luiz da. Ob. cit., p.171.

<sup>95</sup> Freitas, Ricardo de Brito A. P. Prefácio à 2ª edição. In: Silva, Ivan Luiz., Ob. cit., p.15.

<sup>96</sup> Silva, Ivan Luiz da. Ob. cit., p.101.

conceito do princípio como excludente de tipicidade, reconhece-se neste princípio a tradução da máxima latina *nullum crimen sine iniuria*, não há crime sem resultado normativo.

A classificação de excludente de antijuridicidade é um caminho natural, visto que o juízo de antijuridicidade é o âmbito da materialidade, que considera toda a ordem jurídica, em oposição ao da tipicidade, que está totalmente submetido à lei. Diferentemente de outras categorias da teoria do delito, a antijuridicidade não é um conceito específico do direito penal, mas um conceito unitário, válido para todo o ordenamento jurídico.<sup>97</sup>

Por isso se diz que essa classificação vale mais para expandir a aplicação da insignificância pelos tribunais, que ainda resistem em ultrapassar o formalismo da tipicidade e aceitar a insignificância do injusto penal, porque como conceito não há muita diferença, pois tanto no primeiro quanto no segundo parte-se do injusto penal. Ambos são a sofisticação dos princípios penais da fragmentariedade e subsidiariedade e da moderna concepção de tipicidade que pode ser enunciada da seguinte forma: “[...] *el tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente e relevantes.*”<sup>98</sup>

Na doutrina argentina, Cornejo enseja um movimento ainda pouco desenvolvido para estabelecer o princípio da insignificância como excludente de pena. Um de seus argumentos funda-se na impossibilidade de considerar atípicas condutas que estão formalmente descritas como um tipo penal<sup>99</sup>, e ao mesmo tempo, não se pode equiparar para fins de pena alguém que cometeu um crime leve ao autor de uma lesão propriamente dita.<sup>100</sup>

Roxin já havia exposto a idéia do princípio da insignificância como excludente de responsabilidade nos casos de crimes culposos:

Si, como aqui se hace, se entiende la categoría de la responsabilidad en el sentido de una concreción estructurada dogmáticamente del fin de la pena, a mi parecer, entonces, a parte de las causas de exclusión de la (categoría de la) responsabilidad legalmente reguladas, sólo deben tomarse en consideración otras dos causas que suponen una cautelosa extensión de dicha exclusión de la responsabilidad:  
a) El principio regulativo de la exigibilidad [...].

<sup>97</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. Bogotá: Temis, 1984, p.84.

<sup>98</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1987, p.371.

<sup>99</sup> “[...] por cuanto aunque fuesen nímias las conductas que están descriptas formalmente por un tipo penal, no pueden ser consideradas atípicas. Tampoco puede aceptarse, partiendo inconfundiblemente de una desconfianza absoluta em las instituciones republicanas, sostener que la buena intención de evitar la arbitrariedad legislativa daría lugar a otra tanto más peligrosa, como la de los jueces, pues um Poder Judicial sometido sólo a sus propias valuaciones priva al ciudadano de su último resguardo”. Cornejo, Abel. Ob. cit., p.55.

<sup>100</sup> “[...] um principio que es no sólo equitativo, sino que propende a que no se trate de igual forma a quien cometió um hecho nimio, com el que verdaderamente llevó a cabo uma acción socialmente merecedora de reproche.” Idem, p.65.

b) Um segundo princípio regulador, cuya aplicación a los delitos imprudentes me parece que merece discutirse, es el de la insignificancia. Ya he intentado demostrar em alguna ocasión anterior que se trata de um principio general del Derecho; pero em el contexto que ahora nos interesa, su aplicación supondría que se excluye la responsabilidad jurídico-penal si sólo há habido uma actuación insignificamente imprudente. [...] <sup>101</sup>

Como se vê, trata-se de um princípio que embora carente de conceituação legal foi bem desenvolvido pela doutrina, que partiu da objetivização do direito penal e da relevância do bem jurídico para superar a concepção penalista subjetivista eivada de valores morais. A avaliação de desvalor da ação e do resultado como inexpressivos para o direito penal sob a óptica da proteção dos bens jurídicos como fim penal e em consonância com os princípios constitucionais formam as linhas conceituais do princípio da insignificância, que se mostra ainda como eficiente instrumento de política-criminal. Por isso é qualificado como princípio de escol, vez que agrega em si os mais altos valores constitucionais de limitação do *juspuniendi*.

Será visto a seguir, na análise jurisprudencial, que o conceito de tipicidade material é invariavelmente repetido, entretanto o resultado das decisões é, geralmente, pelo lado dos valores morais ou como instrumento de política-criminal repressiva.

## 2.2 Os critérios do STF

Embora os critérios estabelecidos pelo STF para reconhecimento da insignificância, apresentados à exaustão nos votos do TJ/SC, constituam-se basicamente pela análise do desvalor da ação e do resultado, dificilmente observam-se decisões no nosso Tribunal com argumentos nesse sentido (como se verá no capítulo 3º deste trabalho), nos quais predomina o debate sobre a culpabilidade do agente, gerando confusão entre injusto penal e culpabilidade.

Nos tribunais já se ultrapassou a fase de aceitação do princípio da insignificância, que vem sendo amplamente admitido; o problema consiste na *extensão* da aplicação, na definição dos seus critérios de admissão. Esse *déficit* foi parcialmente sanado pela jurisprudência através do voto paradigmático do Ministro Celso de Mello no HC 84.412-0/SP que reconheceu a insignificância em crime de furto de R\$25,00. Neste voto, o Ministro condicionou a adoção do princípio aos seguintes critérios: a) ausência de periculosidade social

---

<sup>101</sup> Roxin, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p.83-86.

da ação; b) mínima ofensividade da conduta do agente; c) inexpressividade da lesão jurídica causada; d) falta de reprovabilidade da conduta.<sup>102</sup>

O voto do ministro do STF é profusamente usado pelos tribunais, entretanto parece acertada a crítica de Queiroz<sup>103</sup> que lamenta serem tautológicos os critérios utilizados, afinal não há diferença entre mínima ofensividade da conduta do agente, falta de reprovabilidade da conduta e ausência de periculosidade social da ação, pois estes três critérios tratam do desvalor da conduta, sendo que somente o critério “inexpressividade da lesão jurídica causada” diferencia-se, referindo-se ao desvalor do resultado jurídico.

Por essa razão Gomes<sup>104</sup> afirma que para se reconhecer o princípio da insignificância não há necessidade de conjugar todos os quatro critérios propostos pelo STF, pois o referido princípio incide quando há somente a insignificância da conduta (desvalor da ação), quando há somente a insignificância do resultado (desvalor do resultado), ou quando há o desvalor de ambos.

Portanto, os critérios do STF são, na verdade, apenas dois: desvalor da ação e desvalor do resultado, não se pronunciando sobre a culpabilidade do agente. Quando o STF elegeu os critérios de ausência de periculosidade, mínima ofensividade da conduta e falta de reprovabilidade da conduta está se pronunciando sobre o desvalor da ação, mas com palavras diferentes. E quando se refere à inexpressividade da lesão jurídica está falando diretamente sobre o desvalor do resultado.

Na lista do STF não há critério referente à culpabilidade do agente. Contudo, há julgados desse tribunal cujas decisões são pela inadmissão do princípio da insignificância sob o argumento da existência de registros criminais: “A existência de registros criminais pretéritos contra a paciente obsta o reconhecimento do princípio da insignificância [...]”<sup>105</sup>

Dessa forma, observa-se como o *direito penal do autor* ainda prevalece nos tribunais apesar da construção dogmática em torno do desvalor do resultado e da teoria do bem

<sup>102</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.412-0/SP, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJe 19/11/2004. Em 2008, a condição econômica do réu foi introduzida na aferição da insignificância pelo Min. Eros Grau em seu voto do HC 91.756/PA: “[...]2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a oculta compesatio. A conduta da paciente excede esse modelo.[...]” (STF, HC 91.756/PA, 2ª Turma, rel. Min. Eros Grau, DJe 29/4/2008).

<sup>103</sup> Queiroz, P. *Direito penal- parte geral*. 4ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.53.

<sup>104</sup> Gomes, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ªed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.26.

<sup>105</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC 103.506/MG, 1ª Turma, rel. Min. Rosa Weber, DJe 26/6/2012.



jurídico. Mostra também a vagueza dos critérios estabelecidos pela Corte suprema que possibilitam argumentos baseados na vida pregressa do autor para negar a insignificância.

### 2.3 Política criminal

A despeito da complexidade dogmática que sustenta o princípio da insignificância, sua aplicação pelos tribunais baseia-se no seu uso enquanto instrumento de política-criminal para remediar a superlotação carcerária e os efeitos danosos do encarceramento sobre o indivíduo.<sup>106</sup>

Zaffaroni e Pierangeli definem política criminal como “a ciência ou a arte de selecionar os bens, que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.”<sup>107</sup>

Segundo Baratta, política criminal *não* se confunde com política penal. Esta é uma resposta à questão criminal dada pelo Estado através da lei penal e da sua aplicação; ao passo que *política criminal* deve ser entendida como política de transformação social e institucional.<sup>108</sup>

Dessa forma, pode-se dizer que política criminal é a administração por parte do Judiciário das normas penais em acordo com o contexto social e com os fins do direito penal dispostos na Constituição.

Dados do Sistema Prisional do Ministério da Justiça de dezembro de 2012 mostra que em Santa Catarina há **16.623** presos, sendo que destes **4.484** são provisórios, **6.236** cumprem pena em regime fechado, **3.414** em regime semiaberto, **2.052** em regime aberto e **125** cumprem medida de segurança. As prisões decorrentes de furto simples e qualificado correspondem a **28,11%** dessas prisões.<sup>109</sup>

No relatório final do Mutirão Carcerário do Estado de Santa Catarina realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011, o juiz Carlos Alberto Costa Ritzmann cita a superlotação dos presídios como um dos principais problemas do sistema carcerário do nosso Estado, e conclui:

<sup>106</sup> Bottini, Pierpaolo Cruz., *et al.* Ob. cit., p.124.

<sup>107</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl., Pierangeli, José Henrique. Ob. cit., p.118.

<sup>108</sup> Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.201.

<sup>109</sup> Brasil. Ministério da Justiça. Infopen. Relatórios estatísticos. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/execucaoopenal/sistemaprisional/infopenestatistica>>. Acesso em: 30 maio, 2013.

Ledo engano termos a ilusão de que a melhor solução é isolarmos aqueles que violaram as leis penais, colocando-os em construções de cimento, frias, sem ventilação, sem salubridade, sem sol, sem o mínimo de sobrevivência com dignidade, amontoando seres humanos em micro cubículos, contribuindo para a proliferação de doenças, e ainda exigirmos que nos tratem de forma educada, respeitosa, e que ao cumprirem suas penas retornem ao convívio da sociedade de forma mansa e pacífica [...] Sem perspectiva nenhuma, quando deixam a prisão acabam por reincidir, colocando em prática o que aprenderam durante o ócio.<sup>110</sup>

Embora se tenha citado números e estatísticas, a matéria tratada é essencialmente política, pois cuida dos direitos dos cidadãos em um Estado Democrático. Cada vez que o juiz de direito penal atua, ele está agindo em conformidade com a lei e orientado por políticas criminais. A interpretação que o juiz faz dos dispositivos legais são baseados na sua visão do mundo, e as suas decisões serão tanto mais objetivas quanto mais ele estiver ciente de seus preconceitos, do contexto social, e das normas enquanto expressões políticas. Dessa forma, conclui-se: o juiz é um agente político.

A dicotomia lisztiana entre direito penal e política-crime está superada, abriu-se espaço para a conjunção entre a lei e políticas criminais, que passam a ser constituintes da teoria geral do delito. Na lição de Roxin: “submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética.”<sup>111</sup>

Orientações político-criminais não significam a introjeção de valores morais ou de ética duvidosa nas decisões judiciais, ao contrário, pois os fundamentos dessa valoração encontram-se na Constituição, na sua proposição dos fins do direito penal. A relação entre dogmática e política-crime advém do entendimento do direito como ciência que cuida da realidade humana e que portanto deve ser um sistema aberto a outros para melhor compreensão da realidade e solução de conflitos. Por essa razão, é importante que o juiz se veja como um agente político, para saber diferenciar dogmática de política criminal e, ao mesmo tempo, perceber o fundo político das normas, a lei como instituto valorativo, socialmente construído.

A própria noção de tipicidade material é a incorporação de valores político-criminais à teoria do delito, que nada mais é que a visão sensível da realidade, de fazer valer o direito, ou, mais precisamente: da aproximação entre o formal e o material.

---

<sup>110</sup> Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Geral do Mutirão Carcerário de Santa Catarina – 2011, p.172. Disponível em: <[http://www.tj.sc.gov/institucional/diretorias/mutirao/carcerario/cnj\\_2011](http://www.tj.sc.gov/institucional/diretorias/mutirao/carcerario/cnj_2011)>. Acesso em: 30 maio, 2013.

<sup>111</sup> Roxin, Claus. Ob. cit. p.20.

Pois enquanto abstrações cada vez mais altas se afastam numa razão crescente da realidade, o desenvolvimento dos pontos de vista político-criminais exige que passe em revista toda a matéria da regulamentação; só a variedade da vida, com todas as suas transformações, possibilita a concretização das medidas que permitem uma solução correta, isto é, adaptada às peculiaridades do caso concreto.<sup>112</sup>

Sabendo que a própria norma é o resultado de uma decisão política, e que política criminal faz parte da teoria do delito juntamente com a dogmática, resta deixar claro que a política criminal que se está tratando é a *boa* política criminal, aquela que atende aos princípios do Estado Democrático de Direito e aos direitos humanos. Por isso que Roxin insiste que a política criminal deve ser feita nos moldes da lei, e somente assim se pode supor a política criminal transformadora a que alude Baratta.

Por certo que ainda não se pratica a boa política criminal nos tribunais brasileiros, pois se não fosse assim haveria melhor acolhida do princípio da insignificância. Mais certo ainda é que a jurisprudência costuma associar política criminal a repressão criminal, como resposta ao sentimento de insegurança da sociedade.

---

<sup>112</sup> Roxin, Claus. Ob. cit. p.83.

### 3 ANÁLISE EMPÍRICA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO TJ/SC

No Supremo Tribunal Federal há uma confusão sobre os critérios exigidos para a aplicação do princípio da insignificância. Mesmo após o voto do Min. Celso de Mello no HC 84.412/SP de 2004, quando se expôs os critérios para admissibilidade do princípio: a) mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade da ação social, c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, d) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ainda há divergências se o rol deve ser cumprido na sua integralidade para configurar um crime de bagatela apto a receber a benesse da insignificância, ou se basta que a ação cumpra apenas um dos seus requisitos.

Esta divergência não tem lugar nas Câmaras Criminais do TJ/SC, onde se entende de maneira pacífica que a excludente de tipicidade concedida através do princípio da insignificância só é admitida se os quatro critérios estabelecidos pelo STF forem cumpridos na sua integralidade. Pouco importando que *mínima ofensividade da conduta do agente*, *falta de reprovabilidade da conduta* e *ausência de periculosidade social da ação* sejam a mesma coisa (insignificância do desvalor da ação), e que *inexpressividade da lesão jurídica causada* refira-se à insignificância do desvalor do resultado jurídico.

Além do cumprimento integral dos critérios objetivos, o TJ/SC exige também o cumprimento dos critérios subjetivos: só se admite o princípio da insignificância se o réu não for reincidente ou não tiver maus antecedentes. Mesmo que o valor subtraído seja ínfimo, que a ação seja considerada insignificante e que o bem tenha sido restituído à vítima, se o réu for reincidente ou possuidor de maus antecedentes é o que basta para se excluir a insignificância.<sup>113</sup>

Há ainda outros critérios que são considerados pelas Câmaras Criminais do TJ/SC para o reconhecimento da insignificância, como a *importância do objeto subtraído*, a *condição econômica da vítima*, o *tipo de crime* e as *consequências do crime*.

---

<sup>113</sup> Nesse sentido: TJ/SC, RC 2012.063043-9/Joinville, 4ª C. Criminal, j. 14/11/2012, rel. Des. Roberto L. Pacheco; TJ/SC, AC 2012.065148-8/Xanxerê, 4ª C. Criminal, j. 14/11/2012, rel. Des. Jorge Shaefer Martins; TJ/SC, AC 2012.07089-4/São Bento do Sul, 3ª C. Criminal, j. 30/10/2012, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko; TJ/SC, AC 2012.043737-6/Xanxerê, 2ª C. Criminal, j.02/10/2012, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil; TJ/SC, AC 2012.064481-6/Ituporanga, 3ª C. Criminal, j.02/10/2012, rel. Des. Torres Marques; TJ/SC, AC 2012.009397-8/Indaial, 2ª C. Criminal, j.25/9/2012, rel. Des. Ricardo Roesler; TJ/SC, AC 2011.060520-6/Lages, 4ª C. Criminal, j.20/9/2012, rel. Des. Roberto L. Pacheco; TJ/SC, AC 2011.051717-6/Criciúma, 4ª C. Criminal, j.20/9/2012, rel. Des. Roberto L. Pacheco; TJ/SC, AC 2010.047189-1/Urubici, 1ª C. Criminal, j.18/9/2012, rel. Des. Newton Varella Jr; TJ/SC, AC 2011.075588-6/Capital, 3ª C. Criminal, j.07/02/2012, rel. Des. Leopoldo Brüggemann; TJ/SC, AC 2011.045021-4/Capital, 4ª C. Criminal, j.12/01/2012, rel. Des. Roberto L. Pacheco; TJ/SC, AC 2011.062207-5/Joaçaba, 1ª C. Criminal, j.07/02/2012, rel. Des. Marli M. Vargas; e outros.

### 3.1 Para além dos critérios objetivos e subjetivos

Na *importância do objeto subtraído* o TJ/SC analisa, além do valor da coisa subtraída, o prejuízo da vítima. Ainda que na doutrina se admita como objeto do crime de furto coisa sem valor econômico mas com valor afetivo<sup>114</sup>, ou seja, é relevante a importância da *res* para a vítima, o prejuízo da vítima para além do valor da coisa subtraída não é objeto do direito penal, que se pauta na interpretação restritiva do tipo.

A *condição econômica da vítima*, como o próprio nome diz, refere-se à capacidade econômica da vítima de suportar a lesão. De início, ressalta-se que a proteção dos bens jurídicos é para todos, rico ou pobre, ainda que o contexto social do nosso país seja caracterizado por imensas desigualdades sociais, este critério não pode ser considerado em vista do princípio da isonomia. Ademais, se é relevante a análise da condição econômica da vítima, deve-se considerar igualmente relevante a condição econômica do réu, que, no geral, é pessoa a qual a sociedade negou boa escola, atenção à saúde, apoio psicológico, habitação e alimentação decentes. Críticas à parte, do que foi dito tem-se como relevante que: se a lesão foi inexpressiva significa que não houve desvalor do resultado, critério suficientemente válido para se acolher a insignificância.

Devido às semelhanças, esses dois primeiros, *importância do objeto e condição econômica da vítima*, serão tratados no mesmo tópico.

O modo como se praticou a ação delituosa também é objeto de verificação por parte do TJ/SC na análise da insignificância, é o *tipo* do crime. Nesse quesito, o exame se detém nos tipos de furto, se simples, se durante o repouso noturno ou se qualificado, e nos tipos de roubo. Ou seja, este critério trata do desvalor da ação.

E, por fim, as *consequências* do crime, que são, para o TJ/SC, a verificação da extensão da lesão jurídica e da periculosidade da ação, o que significa que neste critério há confusão entre desvalor da ação e desvalor do resultado. Assim, quando referente ao desvalor da ação, as consequências do crime serão tratadas no tópico do tipo; e enquanto desvalor do resultado este critério estará no tópico da importância do bem para a vítima e da condição econômica da vítima.

---

<sup>114</sup> Segundo interpretação de: Magalhães Noronha, Mirabete, Damásio de Jesus, Luiz Regis Prado. In: Pierangeli, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial*. V.2. Arts. 121 a 361. 2ª ed. rev. atual. ampl. compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.205.

### 3.1.1 A importância do objeto subtraído e a condição econômica da vítima

Verificou-se inadmissão da insignificância no caso de subtração de bicicleta avaliada em R\$70,00<sup>115</sup>. O argumento desfavorável baseou-se na importância do bem para a vítima como meio de transporte, já que ela a usava para se locomover ao trabalho todos os dias. Considerou-se, além do valor da bicicleta, o prejuízo que a vítima teve por não poder usufruir do seu bem, que, no caso, significa ter que pagar por outro meio de transporte.

A avaliação do que seja bem de valor irrelevante ou não fica a juízo do magistrado. Mesmo que ele considere que R\$70,00 não seja valor ínfimo, sua argumentação restringiu-se ao resultado da ação criminosa. Porém, considerar o prejuízo da vítima para além do valor do bem furtado ultrapassa os limites do resultado da ação e do próprio tipo, que deve ser interpretado restritivamente.

O resultado da ação nos crimes patrimoniais refere-se ao bem objetivamente protegido pela norma penal, que é a *coisa alheia móvel*. Se o bem furtado tem valor igual a R\$70,00, o resultado da ação circunscreve-se a esses setenta reais, assim como o exame do desvalor do resultado. Não há, portanto, que se falar em prejuízo, em dano direto ou indireto, pois estes são institutos próprios do direito civil, distantes da função do direito penal. A noção de coisa móvel em direito penal “é escrupulosamente realística, não se admitindo as equiparações fictícias do direito civil”.<sup>116</sup>

Em respeito ao princípio da legalidade e ao princípio da taxatividade, o juiz está vinculado ao extremo ao enunciado da lei, o que significa que a interpretação deve ser *restritiva*, não o contrário. Somente assim se procede à legitimação democrática das intervenções penais “como garantia da liberdade dos cidadãos derivada do princípio da divisão de poderes”.<sup>117</sup>

Desde o funcionalismo roxiniano, e por força do princípio penal da intervenção mínima, o tipo penal deve ser entendido com a maior exatidão literal possível, de forma que a imputação penal fique restrita àquilo que é juridicamente relevante, sendo assim consideradas somente as ações que produzam dano.

De acordo com Teoria da Imputação Objetiva (Roxin), a responsabilidade no âmbito do injusto assenta-se sobre o desvalor da ação e do resultado. Assim, diferentemente da teoria

---

<sup>115</sup> TJ/SC, AC 2012.065328-6/Mafra, 3ª C. Criminal, j. 16/10/2012, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko.

<sup>116</sup> Hungria, Nelson *apud* Pierangeli, José Henrique. Ob. cit., p.203.

<sup>117</sup> Sánchez, S. *apud* Queiroz, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. 4ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.42.

causal, que só se ocupava do desvalor do resultado, e da teoria finalista, que tomava o desvalor da ação no sentido meramente subjetivo, a Teoria da Imputação Objetiva concentra-se na objetividade do tipo, que se revela pela criação de um risco juridicamente desaprovado e na realização desse risco como resultado.<sup>118</sup> O risco juridicamente desaprovado é a concretização do tipo de forma intoleravelmente perigosa, e o resultado desse risco é considerado juridicamente reprovável quando causa uma lesão efetiva, não um mero resultado naturalístico.

Porque não se considera para fins de responsabilidade penal o que está além do enunciado no tipo entendido objetivamente com base no exame desvalor da ação e do resultado, e em vista dos princípios da legalidade e da taxatividade, que não há sentido em se considerar como resultado da ação aquilo que não está disposto como conduta proibida. E a conduta proibida é subtrair coisa alheia móvel, não havendo referência no tipo penal às consequências da privação da coisa, pois o desfrute da coisa está implícito no direito patrimonial protegido. Nos termos da Teoria da Imputação Objetiva tem-se que não haverá desvalor do resultado se este não ocorrer por razões outras que não aquelas que guardem relação com os motivos que levaram à proibição da conduta, porque somente assim mantém-se a íntima relação que deve existir entre desvalor do resultado e desvalor da ação.<sup>119</sup>

Pelas mesmas razões não condiz com os princípios de direito penal e com a moderna acepção da tipificação objetiva (Teoria da Imputação Objetiva) a decisão a seguir, que considerou não o valor do objeto furtado, mas o dano decorrente:

[...]FURTO SIMPLES[...]SUBTRAÇÃO DE APARELHO DE SOM DO INTERIOR DE CAMINHÃO. PARTE FRONTAL DO APARELHO ABANDONADA PELO RÉU MUITO TEMPO APÓS A CONSUMAÇÃO DO INJUSTO AO PERCEBER A AÇÃO POLICIAL[...]APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO CONSIDERÁVEL AO PATRIMÔNIO DO OFENDIDO. Ficou assente que o valor da *res furtiva*, somado aos estragos ocasionados no caminhão da vítima, bem assim a impossibilidade de utilização do mesmo para frete durante o tempo de reparo do veículo, causaram prejuízos de significativa monta ao insurgente, estimados em mais de R\$ 1.600,00.<sup>120</sup> (grifou-se)

Neste caso, o valor da *res furtiva*, avaliado em cerca de R\$150,00, foi restituído à vítima e o réu foi condenado a 1 ano e 5 meses de reclusão, mais 11 dias-multa em função do dano decorrente do furto avaliado em R\$1.600,00. Tal decisão é um flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da taxatividade, pois quando se destrói, se inutiliza ou se deteriora

<sup>118</sup> Greco, Luiz. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.23.

<sup>119</sup> Idem, p.41.

<sup>120</sup> TJ/SC, AC 2011.097242-0/Abelardo Luz, 3ª C. Criminal, j. 14/02/2012, rel. Des. Torres Marques.

coisa alheia o crime é de dano constante no art.163 do Código Penal<sup>121</sup>, sendo crime de ação penal privada, com pena inferior à do furto. O crime de furto refere-se somente aos cento e cinquenta reais.

Dessa forma, poder-se-ia, através do princípio da insignificância, excluir o crime de furto e, se achasse necessário, condenar por crime de dano, cuja pena vai de um a três meses, bem diferente da pena de um ano e cinco meses a que foi submetido o réu.

Também digno de nota o fato de o juiz incluir, como consequência do crime, o tempo que a vítima ficou sem poder usar o caminhão. Isto é, além do dano, considerou também o lucro cessante, instituto cível, sem correspondência no direito penal que não pode ser acolhido para imputar crime; para reparação de dano patrimonial e lucros cessantes a via jurídica a se pleitear é a cível em nome do princípio penal da subsidiariedade.

Como se vê, os critérios adotados pelo TJ/SC são ainda mais vagos que os propostos pelo STF. Se o objeto furtado tem valor de R\$150,00, a avaliação sobre o resultado deve restringir-se a esse valor, o exame do desvalor do resultado limita-se ao resultado do crime imputado, que é de furto. No caso em apreço, ainda que se considere o desvalor do resultado pelo fato de a coisa ter sido abandonada pelo réu, admitindo-se assim seu domínio sobre a coisa, o resultado a ser avaliado é somente aquele diretamente derivado da conduta proibida, pois o bem protegido pela norma penal é o direito patrimonial sobre coisa móvel.

No que concerne à condição econômica da vítima, o seguinte julgado versa sobre crime de furto em loja de grande porte no qual se aceitou a insignificância sob o argumento, dentre outros, da condição econômica da vítima:

[...]PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PERICULOSIDADE E REPROVABILIDADE NÃO DEMONSTRADAS. VALOR DA *RES FURTIVA* ALIADO À AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUE AUTORIZAM A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. A primariedade da ré, associada ao valor irrisório do bem (R\$ 117,00), à condição da vítima (rede de supermercados) e à restituição integral da *res furtiva*, evidenciam a pequena repercussão social da ação, autorizando a absolvição por força do princípio da insignificância.<sup>122</sup> (grifou-se)

Neste caso o TJ/SC acolheu a insignificância com base na condição econômica privilegiada da vítima, no valor da *res furtiva*, que foi considerado irrisório, no fato de o bem ter sido devolvido à vítima e na primariedade da ré. Esses argumentos demonstram que o

<sup>121</sup> Código Penal, art.163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis), ou multa. No mesmo sentido: TJ/SC, AC 2011.012032-0/Pinhalzinho, 3ª C. Criminal, j. 14/02/2013, rel. Des. Torres Marques.

<sup>122</sup> TJ/SC, AC 2012.01996-4/Capital, 4ª C. Criminal, j. 16/8/2012, rel. Des. Roberto L. Pacheco.



TJ/SC trata a insignificância a partir de um reducionismo econômico, alegando que não houve lesão ao bem jurídico porque a vítima pode suportar o prejuízo, quando se poderia atribuir a insignificância à fragmentariedade do direito penal, em vista do valor irrisório do bem e da irrelevância da ação e do resultado, e ao princípio da proporcionalidade, ante o interesse estatal de proteção dos bens jurídicos e respeito ao princípio da liberdade, não havendo, portanto, interesse estatal em punir com pena privativa esse tipo de delito.

O que não pode ser alegado como base da admissão da insignificância é a primariedade da ré, pois esse princípio está diretamente relacionado ao exame da ação e do resultado, limitando-se ao injusto penal sem adentrar o âmbito da culpabilidade, pois se trata de exclusão de tipicidade (ou de antijuridicidade) e não de pena, conforme jurisprudência do STJ:

As circunstâncias de caráter eminentemente pessoal não interferem no reconhecimento do delito de bagatela, uma vez que este está relacionado com o bem jurídico tutelado e com o tipo de injusto, e não com a pessoa do acusado, que não pode ser considerada para aplicação do princípio da insignificância, sob pena de incorrer no inaceitável Direito Penal do autor, incompatível com o sistema democrático.<sup>123</sup>

Importante notar que nos dois primeiros julgados apresentados acima não se reconheceu a insignificância com base exclusiva em *um* argumento: no primeiro arguiu-se a importância do objeto para a vítima e no segundo o dano decorrente do furto, já no último julgado em que se admitiu a insignificância foram necessários apresentar *quatro* argumentos, dentre os quais alegou-se a primariedade da ré. Ou seja, há necessidade de mais requisitos para se acolher o princípio do que para sua inadmissão, fato empiricamente constatado que demonstra a resistência a se aceitar o direito penal mínimo.

Finalmente, vê-se que o exame da insignificância deve se limitar à análise da tipicidade que, modernamente, se faz através da concepção de tipicidade material, do desvalor da ação e do resultado, ou verificação da criação de um risco e sua realização como resultado.

### 3.1.2 Tipo de crime

A despeito de jurisprudência do STJ em sentido contrário: “O fato de se tratar de furto qualificado não constitui motivação suficiente para impedir a aplicação do princípio da insignificância.”<sup>124</sup>, nas Câmaras Criminais do TJ/SC a espécie criminal é decisiva para se aceitar a insignificância; seu exame refere-se ao tipo de furto, se simples ou qualificado, e ao tipo de roubo. Na verdade, no roubo não há exame algum, pois se entende que a ameaça à

<sup>123</sup> STJ, HC 118.702/MG, 5ª T., DJe 16/02/2009, rel. Min. Laurita Vaz.

<sup>124</sup> STJ, HC151577/MG, 5ª T., DJe 18/3/2010, rel. Min. Laurita Vaz.

pessoa contida no tipo penal<sup>125</sup> não permite o acolhimento da insignificância, de forma que a análise formal do tipo penal por si só já desconsidera qualquer espaço para o princípio.

Dessa forma, há decisões nas quais se condenou réu por *tentativa* de roubo de uma carteira de cigarros cujo valor era de R\$5,00<sup>126</sup>, nem mesmo o valor irrisório do bem e o fato de se tratar de tentativa foram avaliados, pautou-se a inadmissão da insignificância exclusivamente pelo tipo de crime. Outros exemplos, como o julgado a seguir, mostram que essa é a prática constante do TJ/SC:

[...] ACUSADO DENUNCIADO PELA PRÁTICA DE ROUBO IMPRÓPRIO SENTENÇA QUE DESCLASSIFICOU A CONDUTA PRATICADA PELO AGENTE PARA AQUELA DISPOSTA NO ART. 155, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL E ABSOLVEU-LHE, COM FULCRO NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REQUERIDA CONDENAÇÃO DO RÉU NOS TERMOS DA DENÚNCIA. AGENTE QUE, PARA INTIMIDAR OS FUNCIONÁRIOS DA LOJA ESPOLIADA, SIMULOU PORTAR UMA ARMA DE FOGO. GRAVE AMEAÇA CARACTERIZADA [...] APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REPELIDA. [...] Isso porque a natureza do crime cometido - roubo - , por si só, demonstra a alta periculosidade social da ação, o manifesto grau de reprovabilidade da conduta e a palpável expressividade da lesão jurídica provocada.<sup>127</sup> (grifou-se)

No caso acima o valor dos objetos subtraídos foram avaliados em R\$50,00 e a ameaça à pessoa foi simular que estava com uma arma por baixo da roupa quando passava no caixa da loja. Nesta decisão não se examinou o valor da coisa, que poderia ser considerado irrelevante, o argumento para o não acolhimento da insignificância baseou-se exclusivamente no tipo de crime - roubo.

Entretanto, pensa-se que o tipo penal não é critério suficiente para desprezar a insignificância, pois pode haver roubo cuja coisa subtraída seja de valor ínfimo, permitindo-se que haja desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal.<sup>128</sup>

[...] em nome do princípio da proporcionalidade, ele [princípio da insignificância] é perfeitamente admissível também nos crimes violentos ou com grave ameaça à pessoa, consumados ou tentados, se não para absolver o réu, pelo menos para desclassificar a infração penal, por exemplo, em crimes complexos, como o roubo, resultado que é da fusão de furto e constrangimento ilegal. De fato, não parece razoável que o agente que subtraia, mesmo com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, quantia economicamente insignificante tenha de responder por

<sup>125</sup> Código Penal, art.157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

<sup>126</sup> TJ/SC, AC 2012.052824-4/Camboriú, 4ª C. Criminal, j. 06/12/2012, rel. Des. Cinthia B. da S. B. Shafer.

<sup>127</sup> TJ/SC, AC 2012.037262-3/Capital, 1ª C. Criminal, j. 27/11/2012, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato. No mesmo sentido, ver: TJ/SC, AC 2012.011539-1/Lages, 1ª C. Criminal, j. 19/6/2012, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato.

<sup>128</sup> Código Penal, art.146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1(um) ano, ou multa.

delito contra o patrimônio cuja pena varia de quatro a dez anos de prisão. Numa tal hipótese, ante a insignificância do objeto subtraído, não há propriamente ofensa ao patrimônio; logo, não há crime patrimonial, razão pela qual o autor deverá responder unicamente pela infração residual, isto é, constrangimento ilegal.<sup>129</sup>

Com efeito, sendo o crime de roubo um crime pluriofensivo, sua adequação ao tipo penal abriga concomitantemente lesão ao patrimônio e à pessoa, faltando ofensa relevante a um desses dois bens jurídicos não há crime de roubo. Assim, há possibilidade de se admitir a insignificância nos crimes de roubo para a sua descaracterização e possível reclassificação, de forma que o autor responda exclusivamente pela lesão que provocou ao bem jurídico.

Quanto aos crimes de furto, as câmaras criminais do TJ/SC posicionam-se no sentido de que o crime de furto qualificado, em qualquer uma das suas formas, não merece a insignificância por serem crimes de maior gravidade, de *consequências* sociais relevantes. Vejam-se algumas decisões:

[...] FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME PRATICADO NA MODALIDADE QUALIFICADA. CIRCUNSTÂNCIA INCOMPATÍVEL COM O REFERIDO INSTITUTO. MAIOR GRAU DE REPROVABILIDADE NA CONDUTA DOS ACUSADOS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. No caso vertente, entendo não ser possível se valer do princípio da insignificância tendo em vista que o crime se deu na forma qualificada pelo concurso de pessoas, o que aumenta a reprovabilidade da conduta dos acusados.<sup>130</sup>  
(grifou-se)

No caso acima, indeferiu-se o princípio da insignificância exclusivamente por se tratar de furto qualificado. O fato de objeto subtraído ser um capacete de motoqueiro usado avaliado em R\$30,00 e o fato de o bem ter sido restituído à vítima não pesaram na decisão, nem mesmo foram objeto de análise. De se notar que o juiz de 1º grau tinha absolvido os réus com base no referido princípio, ainda assim o Ministério Público apelou, tendo seu recurso provido para condenar um dos réus a dois anos de reclusão em regime aberto, pena esta convertida em uma restritiva de direito; enquanto que o outro réu foi condenado a dois anos e meio em regime semi-aberto (!). Pecou-se por não se aplicar o princípio da insignificância e tampouco o da proporcionalidade.

Mais um exemplo:

[...] FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. AGENTES PRESOS EM FLAGRANTE NA POSSE DA RES FURTIVA [...] PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE. CRIME QUALIFICADO [...] No caso em tela, houve ainda o concurso de agentes, fato que aumenta sobremaneira as chances de

<sup>129</sup> Queiroz, Paulo. Ob. cit., p.52.

<sup>130</sup> TJ/SC, AC 2012.018703-1/Maravilha, 3ª C. Criminal, j. 10/7/2012, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko.

sucesso da empreitada delitiva - um dos envolvidos era, inclusive, vizinho e conhecido da vítima.<sup>131</sup> (grifou-se)

Neste caso, duas pessoas subtraíram da lavanderia de uma residência setenta peças de roupa que estavam no balaio, a despeito de o Ministério Público, em episódio único, ter se manifestado a *favor* da insignificância em função do valor inexpressivo do bem e por se tratar de ação sem perigo algum, decidiu-se que a qualificadora do concurso de agentes torna a conduta mais grave e, portanto, de relevo social que afasta a insignificância.

O que se vê nessa decisão é um formalismo exagerado, no qual a contrariedade ao tipo penal passa unicamente pela análise formal, desconsiderando-se a material. Ainda que a norma conceitue o crime de furto qualificado como mais grave, o inexpressivo desvalor do resultado demonstra a possibilidade de exclusão da tipicidade. Aliás, a decisão traz um moralismo incabível em um Estado democrático ao atentar para o fato de um dos agentes ser vizinho da vítima (de se pensar se o crime foi o furto das roupas ou o fato de se furtar de vizinho).

Há vários exemplos no universo da pesquisa de inadmissão da insignificância sob o argumento exclusivo do tipo de crime furto qualificado.<sup>132</sup>

Para melhor apresentação da relação entre os tipos de crimes analisados (furto simples, tentativa de furto simples, furto noturno, furto privilegiado, tentativa de furto privilegiado, furto qualificado, tentativa de furto qualificado, roubo e tentativa de roubo) e o reconhecimento do princípio da insignificância traz-se o seguinte gráfico onde é possível notar a incidência do referido princípio predominantemente nos crimes de furto simples e da sua tentativa.

Dos 341 casos analisados, 83 se referiam ao crime de furto simples, sendo que em 9 deles se reconheceu favoravelmente a insignificância; 43 se referiam à forma tentada do furto simples, em 10 se reconheceu favoravelmente; 4 se referiam ao furto durante o repouso noturno, em nenhum se reconheceu; 2 se referiam ao furto privilegiado, em nenhum se reconheceu; 1 se referia à tentativa de furto privilegiado, neste 1 se reconheceu; 118 se

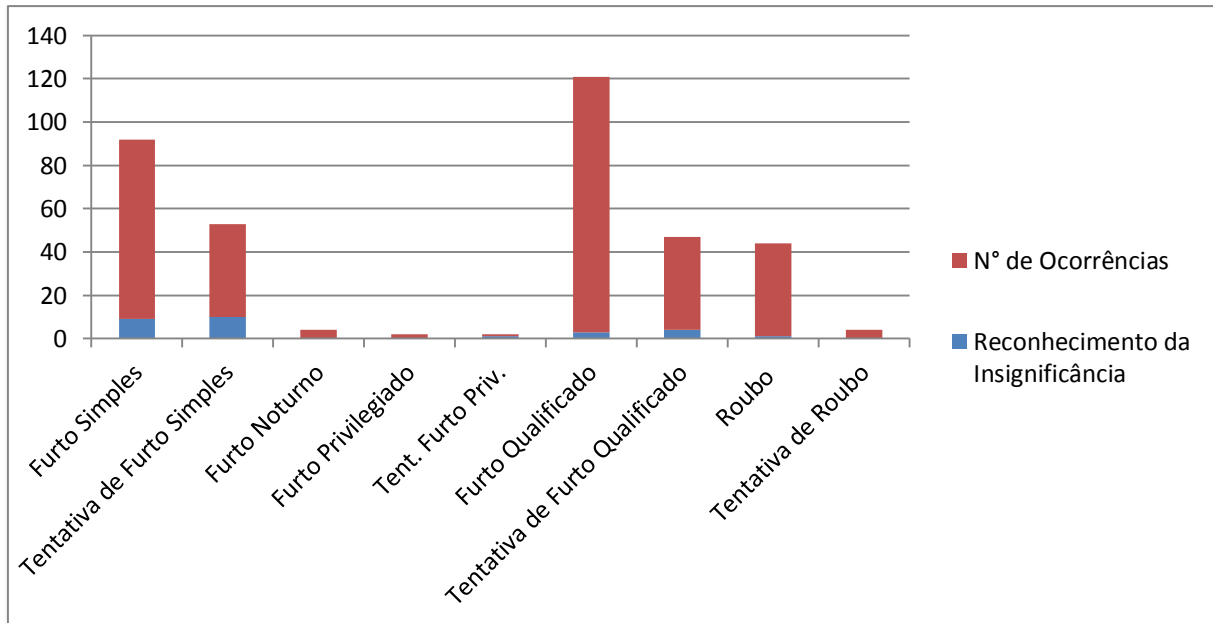
<sup>131</sup> TJ/SC, AC 2011.008616-9/São Bento do Sul, 2ª C. Criminal, j. 28/02/2012, rel. Des. Solon d'Eça Neves.

<sup>132</sup> Ver: TJ/SC, AC 2010.008414-8/Chapecó, 4ª C. Criminal, j. 05/7/2012, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Shaefer; TJ/SC, AC 2011.091991-6/Porto União, 3ª C. Criminal, j. 20/3/2012. Rel. Des. Leopoldo A. Brüggemann; TJ/SC, AC 2011.058891-7/Meleiro, 1ª C. Criminal, j. 10/4/2012, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato; TJ/SC, AC 2011.096129-0/Blumenau, 1ª C. Criminal, j. 10/4/2012, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato; TJ/SC, AC 2011.023256-0/Lages, 1ª C. Criminal, j. 29/5/2012, rel. Des. Carlos Alberto Civinski; TJ/SC, AC 2011.071469-1/Blumenau, 1ª C. Criminal, j. 29/5/2012, rel. Des. Marli Mosimann Vargas; TJ/SC, AC 2012.007962-4/Balneário Camboriú, 3ª C. Criminal, j. 03/7/2012, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko; TJ/SC, AC 2011.098840-9/Capital, 2ª C. Criminal, j. 21/8/2012, rel. Des. Volnei C. Tomazini; TJ/SC, AC 2012.056980-0/Capital, 3ª C. Criminal, j. 28/8/2012, rel. Des. Torres Marques; e outros.

referiam a furto na sua forma qualificada, sendo 3 deles favoráveis; 43 se referiam à tentativa de furto qualificado, sendo 4 favoráveis; 43 se referiam ao crime de roubo, sendo um favorável; e 4 se referiam à tentativa de roubo, sendo que nenhum recebeu a insignificância.

Gráfico 1

### Reconhecimento da Insignificância em Relação ao Tipo de Crime (em números absolutos)



Embora só tenha se registrado a ocorrência de uma tentativa de furto privilegiado, proporcionalmente foi o tipo que alcançou maior reconhecimento da insignificância - 100%. O furto privilegiado<sup>133</sup> caracteriza-se pela subtração de coisa de valor ínfimo, motivo pelo qual se permite a atenuação da sanção quando o juiz reconhece o pequeno valor da *res furtiva* e a primariedade do agente.<sup>134</sup>

Neste único caso<sup>135</sup> de tentativa de furto privilegiado os objetos furtados foram produtos de higiene cujo valor era igual a R\$42,00, o réu era primário e a ação não foi considerada grave, de forma que os requisitos mais caros ao TJ/SC - réu primário, objeto de valor ínfimo, conduta de baixa gravidade, vítima em boa condição econômica – se fizeram presentes conjuntamente para receber a insignificância.

Em seguida, tendo mais decisões favoráveis, aparecem, respectivamente, a tentativa de furto simples e o furto simples. Este tipo penal e a sua modalidade tentada pressupõem a

<sup>133</sup> Código Penal, art. 155 §2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de 1 (um) a 2/3 (dois terços), ou aplicar somente a pena de multa.

<sup>134</sup> Pierangeli, José Henrique. Ob. cit., p.213.

<sup>135</sup> TJ/SC, AC 2011.072981-2/Criciúma, 4ª C. Criminal, j. 26/4/2012, rel. Des. Jorge Schaefer Martins.

subtração da coisa sem violência física ou moral contra a pessoa, essa característica do tipo torna mais fácil o reconhecimento da exclusão de tipicidade pelo princípio da insignificância.

As decisões favoráveis observadas no crime de furto qualificado e da sua tentativa receberam a benesse porque cumpriam favoravelmente os outros requisitos exigíveis pelo TJ/SC e porque a qualificadora era desclassificada, não exatamente por meio da *emendatio libelli*, mas pelo menos se afirmava que embora na denúncia constasse a qualificadora, não se via a ação desse modo<sup>136</sup>, ou porque a ação foi interrompida nos atos executórios<sup>137</sup>, ou porque não ficou provado que houve a qualificadora<sup>138</sup>, ou simplesmente porque o valor era significativamente inexpressivo.<sup>139</sup>

No crime de roubo houve apenas um reconhecimento da insignificância, e se deu num caso em que se subtraiu R\$50,00 da vítima que declarou em juízo que essa quantia era ínfima<sup>140</sup> e que apesar de a ameaça à pessoa ser com arma branca, considerou-se inexpressiva a periculosidade social da ação.

A análise do tipo de crime por si só não pode ser motivo para afastar a insignificância, pois este princípio vai em sentido contrário à simples subsunção, define-se, de forma mais rica, pela análise do tipo tanto no sentido da ação quanto do resultado, ao que se chama de tipicidade material. Dessa forma, para ser considerada típica a ação deve violar a norma e causar um efetivo prejuízo social. Se a decisão restringe-se apenas ao tipo de crime, perde o exame do conteúdo material da ação.

<sup>136</sup> Por exemplo: usou-se arame em forma de gancho para abrir estabelecimento comercial, mas entendeu-se que não houve arrombamento, em: TJ/SC, AC 2012.002703-4/Rio do Sul, 4ª C. Criminal, j. 01/11/2012, rel. Des. Rodrigo Collaço; em outro apenas se puxou uma corda que prendia a porta do carro sem que se configurasse arrombamento em: TJ/SC, AC 2011.095287-2/Porto União, 4ª C. Criminal, j. 05/7/2012, rel. Des. José Everaldo Silva; em um caso de qualificadora por abuso de confiança desclassificou-se para furto simples em TJ/SC, AC 2011.055177-6/Blumenau, 4ª C. Criminal, j. 19/4/2012, rel. Des. Jorge Shaefer Martins.

<sup>137</sup> TJ/SC, AC 2009.062451-5/São José, 4ª C. Criminal, j. 18/10/2012, rel. Des. José Everaldo Silva.

<sup>138</sup> TJ/SC, AC 2012.038076-1/Capital, 4ª C. Criminal, j. 11/10/2012, rel. Des. José Everaldo Silva.

<sup>139</sup> TJ/SC, RC 2012.032353-7/Joinville, 1ª C. Criminal, j. 12/6/2012, rel. Des. Marli Mosimann Vargas; e ainda TJ/SC, AC 2011.079420-4/Tijucas, 2ª C. Criminal, j. 22/5/2012, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, no qual se tentou furtar, em concurso de agentes, alumínio contido em uma caçamba de entulho.

<sup>140</sup> TJ/SC, AC 2012.069198-7/Indaial, 3ª C. Criminal, j. 11/12/2012, rel. Des. Torres Marques. “Presentes, portanto, os requisitos objetivos e subjetivos, isto é, sendo inexpressiva a periculosidade social da ação e ínfima a lesão jurídica ao bem tutelado, não há razão para não acolher a pretensão absolutória, em virtude da aplicação do princípio da insignificância.”

### 3.2 Valor do bem

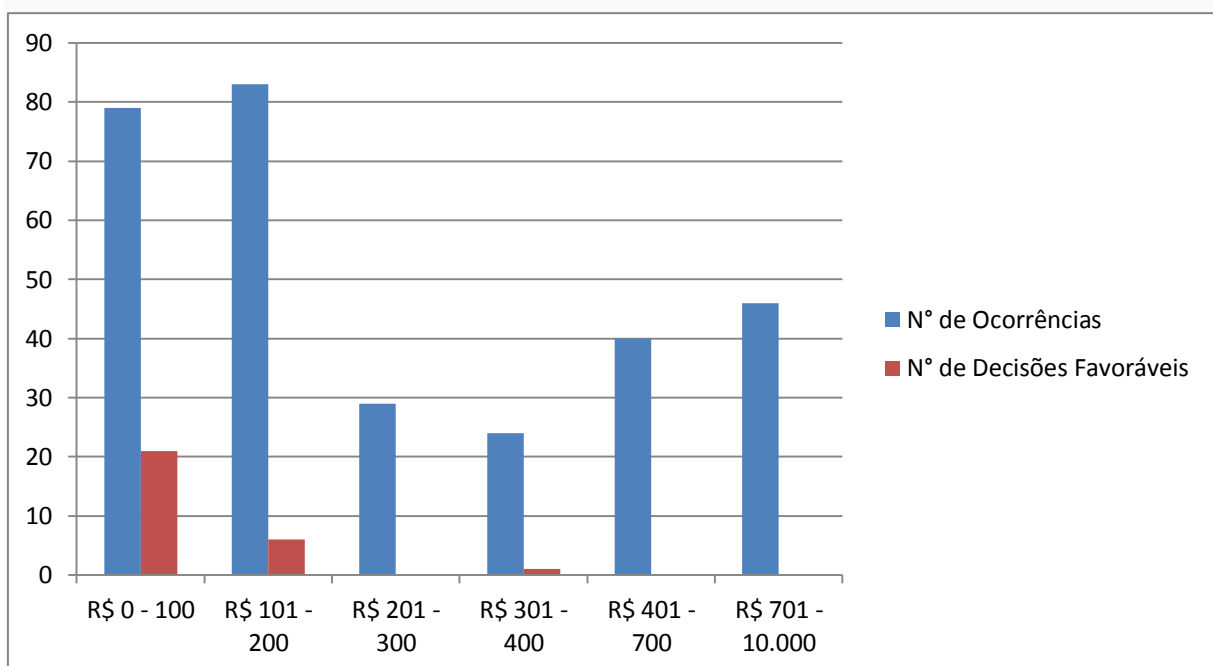
Ao instituir o furto privilegiado, a lei não estabeleceu o que seria o pequeno valor, ficando tal tarefa a cargo da doutrina que vinculou esse critério ao salário mínimo.<sup>141</sup> Logo, o furto de pequeno valor é aquele no qual a coisa subtraída não ultrapassa o valor de um salário mínimo vigente à época dos fatos.

No que concerne ao princípio da insignificância, tem-se notado a dificuldade para estabelecer critérios objetivos para sua concessão, nessa tentativa sempre se inclui como critério o valor do bem, que deve ser *ínfimo*. Sobre a definição de bem de valor ínfimo a jurisprudência, incluindo a dos tribunais superiores, fixou-se, assim como no furto privilegiado, ao valor de um salário mínimo vigente à época dos fatos.

Esse patamar valorativo também é usado pelo TJ/SC, mas não é um critério absoluto e não são todos os desembargadores que o acolhem, não que haja argumentos contra a vinculação ao valor do salário mínimo, simplesmente julga-se que, por exemplo, R\$55,00 não pode ser considerado valor ínfimo.<sup>142</sup> Assim, mesmo que o bem subtraído seja de valor muito inferior ao salário mínimo, se não se cumprir outros critérios exigíveis pelo TJ/SC não se concede a insignificância. O gráfico abaixo ilustra com números essa conclusão:

Gráfico 2

#### Relação entre Reconhecimento da Insignificância e Valor do Bem (em números absolutos)



<sup>141</sup> Pierangeli, José Henrique. Ob.cit., p. 214.

<sup>142</sup> TJ/SC, AC 2011.096125-2/Criciúma, 2ª C. Criminal, j. 06/11/2012, rel. Des. Ricardo Roesler.

Na maior parte dos casos analisados o valor do bem era inferior a R\$200,00, abaixo do valor de um salário mínimo,<sup>143</sup> e nem por isso reconheceu-se a insignificância. Atente-se também para a faixa de valor de 201 a 300 reais, onde não há nenhum caso de reconhecimento da insignificância. O valor máximo de R\$10.000,00 que aparece no gráfico se refere ao valor total de um caso de furto continuado de óleo diesel, como não ficou claro na leitura do relatório do acórdão o valor das quantidades furtadas a cada vez, optou-se por considerar o valor total, da mesma forma que foi tratado pelo desembargador relator. Registre-se que se trata de um caso isolado, pois o valor dos bens que apareceram na pesquisa iam até o máximo de R\$1.000,00.

Na faixa que inclui os bens de valor compreendidos entre 301 e 400 reais há somente um caso<sup>144</sup> de reconhecimento da insignificância. Ali, o julgador presumiu que, ao contrário do que constava na denúncia e já que não constava nos autos auto de avaliação da coisa subtraída, os bens subtraídos (ferramentas usadas) valiam menos que o valor do salário mínimo da época dos fatos (2008). Mas o reconhecimento não se baseou somente no valor da coisa, verificou-se também, positivamente, os critérios subjetivos e o fato de os bens terem sido integralmente restituídos à vítima.

Em outro caso<sup>145</sup>, cujo valor da *res furtiva* era de R\$126,00, também se reconheceu a insignificância, e, mais uma vez, sem que o valor do bem tenha sido o único argumento apreciado, pois se consideraram ainda o critério subjetivo e a condição econômica da vítima, dando-se especial relevo à primariedade do agente.<sup>146</sup>

Como só há um caso de reconhecimento da insignificância nos valores superiores a R\$201,00, pode-se dizer que a jurisprudência do TJ/SC entende como bem de valor ínfimo passível de receber a insignificância aqueles cujo valor seja inferior a R\$200,00.

<sup>143</sup> Sendo que o universo da pesquisa incluía somente os julgados do ano de 2012, a maioria dos fatos ocorreu, no mínimo, no período de 2008 a 2012; em 2008 o valor do salário mínimo era de R\$415,00, conforme Lei nº 11.709/08. Pesquisa no sítio eletrônico disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

<sup>144</sup> TJ/SC, AC 2011.063087-6/Garuva, 4ª C. Criminal, j. 04/4/2012, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco.

<sup>145</sup> TJ/SC, AC 2011.055177-6/Blumenau, 4ª C. Criminal, j. 19/4/2012, rel. Des. Jorge Shaefer Martins.

<sup>146</sup> Outros julgados no quais o valor do bem era inferior a um salário mínimo e que se reconheceu a insignificância, mas sempre conjugada a outros critérios, especialmente o subjetivo: TJ/SC, AC 2011.072981-2/Criciúma, 4ª C. Criminal, j. 26/4/2012, rel. Des. Jorge Shaefer Martins; TJ/SC, RC 2011.048962-6/Capital, 4ª C. Criminal, j. 26/4/2012, rel. Des. Roberto L. Pacheco; TJ/SC, AC 2011.079420-4/Tijucas, 2ª C. Criminal, j. 22/5/2012, rel. Des. Francisco Oliveira Neto; TJ/SC, AC 2012.009231-6/Lages, 2ª C. Criminal, j. 15/5/2012, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil; TJ/SC, AC 2012.007906-4/Mafra, 2ª C. Criminal, j. 29/5/2012, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil; TJ/SC, AC 2012.032352-7/Joinville, 1ª C. Criminal, j. 29/5/2012, rel. Des. Marli Mosimann Vargas; TJ/SC, AC 2011.095287-5/Porto União, 4ª C. Criminal, j. 05/7/2012, rel. Des. José Everaldo Silva; TJ/SC, AC 2012.035010-8/Santa Cecília, 2ª C. Criminal, j. 24/7/2012, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil; TJ/SC, AC 2012.019496-4/Capital, 4ª C. Criminal, j. 16/8/2012, rel. Des. Roberto L. Pacheco; TJ/SC, AC 2010.045006-2/Lages, 1ª C. Criminal, j. 04/9/2012, rel. Des. Newton Varela Jr.; e outros.



Já da análise dos argumentos desses julgados conclui-se que a subtração do bem de valor ínfimo não é requisito suficiente para a aplicação da insignificância, esta só se perfaz quando conjugada a outros critérios, particularmente com o exame da primariedade do réu. Esta conclusão funda-se também na análise de julgados nos quais o valor da *res* era ínfimo, mas se afastou a insignificância porque não se cumpriu outros requisitos, por exemplo: não se aplicou a insignificância em um caso de furto noturno no qual o réu subtraiu três caixas de ovos cujo valor total era igual a R\$10,00 sob o argumento de que o réu era reincidente.<sup>147</sup>

### 3.3 Reconhecimento da insignificância em relação ao tipo de bem e o número de bens restituídos

Outro aspecto relevante da pesquisa foi verificado na associação entre princípio da insignificância e o tipo de bem subtraído<sup>148</sup>, e na dissociação entre o princípio e o fato de o bem ter sido restituído à vítima. Antecipando uma conclusão, viu-se que o fato de o bem ter sido restituído não leva à insignificância; enquanto que o tipo de bem é comumente contemplado, verificando-se maior indulgência aos bens de primeira necessidade, como alimentos.

Tabela 1

#### Reconhecimento da Insignificância em relação ao Tipo de Bem e n° de Bens Restituídos (em números absolutos)

|                                  | Registros | Admissão da Insignificância | N° de Bens Restituídos |
|----------------------------------|-----------|-----------------------------|------------------------|
| Alimentos/Bebidas                | 27        | 8                           | 15                     |
| Animal                           | 4         | 0                           | 2                      |
| Artigos para Casa <sup>149</sup> | 14        | 1                           | 7                      |
| Bicicleta                        | 24        | 0                           | 15                     |
| Dinheiro                         | 24        | 1                           | 7                      |

<sup>147</sup> TJ/SC, HC 2012.036071-4/São Bento do Sul, 2ª C. Criminal, j. 12/6/2012, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil. No mesmo sentido: TJ/SC, AC 2012.009990-1/Capital, 2ª C. Criminal, j. 08/5/2012, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil.

<sup>148</sup> Na pesquisa observaram-se furtos de todo tipo de objeto, desde vaca, roupa do varal, chocolate, até celular, jóia, etc, escolheram-se para a tabela os bens de maior incidência na pesquisa.

<sup>149</sup> Inclui lençóis, tapetes, eletrodomésticos, vassouras, bacias, talheres e prateleiras.

|  |    |   |    |
|--|----|---|----|
| Eletrônicos                            | 61 | 0 | 38 |
| Higiene                                | 11 | 3 | 10 |
| Jóias/Bijouterias/<br>Relógios         | 9  | 0 | 9  |
| Materiais de<br>Construção/Ferramentas | 30 | 5 | 22 |
| Vestuário/Sapatos/Bolsas               | 66 | 1 | 20 |
| Outros                                 | 75 | 9 | 42 |

Pode-se observar que há maior propensão do TJ/SC em aplicar o princípio da insignificância nos casos de furto de alimentos/bebidas.<sup>150</sup> Apesar de as ocorrências de furto de alimentos aparecerem em quarto lugar em número de ocorrências, atrás dos vestuários, dos eletrônicos e das ferramentas, primeiro, segundo e terceiro lugar respectivamente, a concessão da insignificância nesse grupo alcançou 29,6%.

O segundo grupo no qual mais se reconheceu a insignificância foi o de higiene - 27,2% , seguido do grupo das ferramentas, que atingiu 16,6%. Ainda que, isoladamente, não sejam números expressivos, visto que não alcançam nem 50% das ocorrências, passam a ser quando vistos em relação aos outros bens, como a bicicleta e os eletrônicos, que obtiveram 0% de reconhecimento da insignificância.

O tópico *outros* abrange automóveis, motocicletas, capacetes de motoqueiros, alto-falante, lata de tinta, boneca, espelho retrovisor, linha de costura, CD e DVD.

Os dados mostram também que a restituição do bem à vítima não é requisito para o reconhecimento da insignificância. No caso dos eletrônicos e das bicicletas restituíram-se mais da metade desses bens, e, no entanto, o princípio da insignificância não foi admitido em ambos. Como já se antecipou, este requisito só é examinado quando se aplica a insignificância, pois assim demonstram que a ação, embora típica, não causou lesão jurídica, ou em outras palavras, não houve desvalor do resultado. Mas em nenhum caso se viu o reconhecimento da insignificância sob o argumento exclusivo da falta de desvalor do resultado porque o objeto foi restituído à vítima. Assim como não se reconheceu a insignificância em função exclusiva do tipo de bem, a aplicação desse princípio sempre depende da conjugação dos requisitos exigíveis pelo TJ/SC.

<sup>150</sup> Não se verificou nenhum caso de roubo de alimentos.

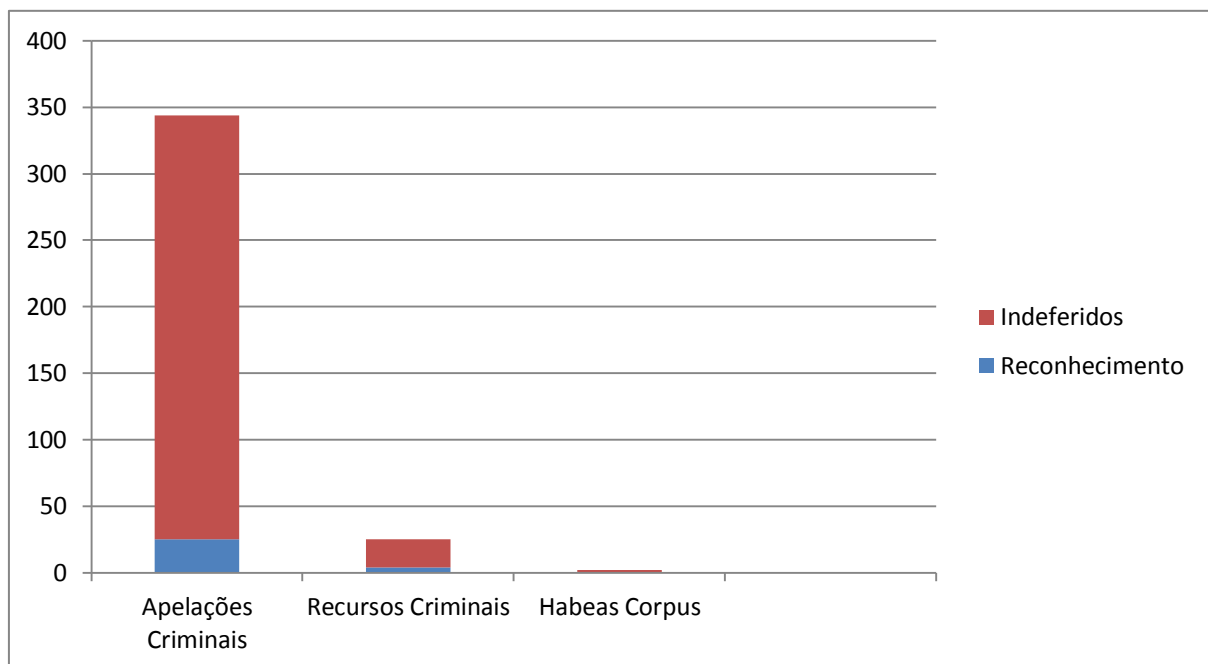
De forma geral, a tabela acima expõe o quão pouco o TJ/SC tem reconhecido o princípio da insignificância, pois dos 341 casos analisados somente 29 receberam a insignificância.<sup>151</sup>

### 3.4 Reconhecimento da insignificância de acordo com a espécie processual

Também foi possível cruzar as variáveis reconhecimento da insignificância em relação à espécie processual. A finalidade de pesquisar esses dados foi para se ter um panorama geral do acolhimento da insignificância por parte do TJ/SC. E o que se constatou foi o baixo reconhecimento do princípio.

Gráfico 3

#### Reconhecimento da insignificância de acordo com a espécie processual (em números absolutos)



Com efeito, dos dados apresentados o mais relevante é o baixo índice de admissibilidade do princípio da insignificância: dos 341 casos que compõem a pesquisa em apenas 29 aceitou-se o princípio, apenas 8,5%. Em nenhum dos casos declarou-se o desconhecimento do princípio, em todos os votos se admite a sua validade através da doutrina

<sup>151</sup> A soma dos casos em que se admitiu a insignificância apresentados na tabela é igual a 28 e não a 29, que é o número total em que se observou a admissão da insignificância, porque um desses casos era de tentativa de furto qualificado no qual a ação do réu foi interrompida durante os atos executórios, então não houve tipo de bem a classificar. O caso em questão é: TJ/SC, AC 2009.062451-5/São José, 4ª C. Criminal, j. 18/10/12, rel. Des. José Evaldo Silva.

e, especialmente, da exposição de julgados do STF e do STJ, mostrando que o problema não reside na sua validade, mas sim na confusão dos critérios exigíveis para sua aplicação.

Dentre os 341 casos analisados, 319 foram em sede de apelação, compreendendo 93,27% do total; 21 foram por via de recurso em sentido estrito, representando apenas 6,15% do total; e apenas 2 foram por via de *habeas corpus*<sup>152</sup>, representando o percentual insignificante de 0,58%.

Esperava-se maior representatividade do *habeas corpus*, visto que dos 341 julgados analisados, em 71 os réus estavam presos. Sendo uma forma de impugnação de procedimento sumário, possibilitando “ao juiz uma intervenção imediata, baseada na verossimilhança da ilegalidade do ato e no perigo derivado do dano inerente à demora da prestação jurisdicional ordinária”<sup>153</sup>, o *habeas corpus* constitui-se como instrumento recursal idôneo para discutir qualquer restrição ilegal à liberdade de ir e vir, mostrando afinidade com a tese da insignificância, já que este princípio exclui a tipicidade tornando ilegal a prisão efetuada.<sup>154</sup>

Pode-se atribuir a baixa representatividade do *habeas corpus* à falta de Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina. A maior parte dos advogados dessas causas são dativos, com pouco interesse na causa.

### 3.5 Critérios subjetivos: maus antecedentes, reincidência e personalidade

Dos gráficos apresentados salta aos olhos o baixo índice de reconhecimento do princípio da insignificância no TJ/SC; já da exposição dos argumentos o fator mais relevante é a acentuada valorização do critério subjetivo para se reconhecer ou não a insignificância.

O critério subjetivo refere-se à pessoa do réu, são dados analisados em termos de melhor aferição do grau de culpabilidade. Verificou-se na pesquisa que este quesito é analisado de três formas, através dos maus antecedentes, da reincidência e da personalidade, vista sempre de forma negativa, do tipo voltada para o crime. De acordo com o entendimento do TJ/SC, cada um desses três elementos quando analisados negativamente são suficientes para afastar a insignificância.

---

<sup>152</sup> As duas defesas que interpuseram *habeas corpus* o fizeram como medida preventiva. Um deles havia furtado três caixas de ovos, e o outro furtou um portão avaliado em R\$400,00.

<sup>153</sup> Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol.II. 6ª ed. atual. c/ Lei nº12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.633.

<sup>154</sup> Bottini, Pierpaolo Cruz., *et al.* A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados, *RBCCrim* 98, p.117-148, 2012.

Antecedentes são uma das circunstâncias judiciais descritas como requisito de fixação da pena-base prevista no art.59 do Código Penal. Conceitualmente, referem-se aos “fatos passados da conduta do condenado dignos de nota, e, pois, merecedores de apreciação na sentença.”<sup>155</sup> Os *maus antecedentes* são as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, mas não se admitem a título de maus antecedentes inquéritos policiais e processos penais em curso ou arquivados, bem como condenações ainda em grau de recurso, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência (art.5º, LVII e súmula 444/STJ). Assim, essa espécie penal abrange tudo<sup>156</sup> que fizer parte da vida do acusado criminal antes do crime que não seja para fins de reincidência.

Os antecedentes criminais passaram a figurar como circunstância de fixação da pena a partir do Código Penal de 1940, sob influência direta da Escola Positiva que via a necessidade de se investigar não apenas a ação criminosa, mas também a pessoa que pratica essa ação, afinal, para esta Escola, o crime praticado por alguém é a “expressão genuína da sua personalidade”.<sup>157</sup> Dessa forma, o fato natural e social praticado pelo homem expressa a personalidade perigosa do delinquente.<sup>158</sup>

Historicamente,

o Código Criminal do Império (1831) e o Código Penal da República (1890) não tiveram nenhuma disposição acerca dos antecedentes. Somente a Consolidação das Leis Penais, aprovada pelo Decreto nº22.213, de 14 de dezembro de 1932, já sob influência positivista, consignou, no seu artigo 7º, §1º, a possibilidade da concessão do benefício da suspensão condicional da pena em relação ao acusado, que não tenha revelado caráter perverso ou corrompido, tendo-se em consideração as suas condições individuais, os motivos que determinaram e as circunstâncias que cercaram a infração da lei penal.<sup>159</sup>

Se no século XIX os antecedentes criminais pouco importavam, no século XXI eles se fazem presente com muita força nas denúncias e nas decisões judiciais. Inclusive na proposição de cadastro em banco de dados dos nomes dos cidadãos com maus antecedentes,

<sup>155</sup> Queiroz, Paulo. Ob. cit., p.336.

<sup>156</sup> *Tudo* não, sempre se deve atentar para as particularidades do caso concreto e ao princípio da razoabilidade. Por exemplo: não pode alguém condenado por um crime praticado e julgado em 2013 ter sua pena aumentada por uma contravenção praticada em 1979, em respeito ao princípio da razoabilidade, conforme HC 110.191/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 23/4/13.

<sup>157</sup> Ferri, Enrico. *apud* Bissoli Filho, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p.38.

<sup>158</sup> Andrade, Vera Regina. Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.64.

<sup>159</sup> Bissoli Filho, Francisco. Ob. cit., p.61.

forma de registro que serve mais para estigmatizar do que para prevenir crimes, servindo especialmente ao controle seletivo do direito penal.<sup>160</sup>

O segundo elemento que compõe o critério subjetivo é a reincidência, instituto penal famoso, inclusive entre os leigos. A reincidência consta como agravante nos arts. 63 e 64 do Código Penal, e, no art.67, a reincidência deve ser uma das circunstâncias preponderantes a se tomar em consideração em caso de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes.

Em consonância com o princípio constitucional da presunção de inocência, o art.63 dispõe que só pode ser considerado *reincidente* aquele que comete novo crime depois de transitar em julgado, no Brasil ou no estrangeiro, sentença penal condenatória que o tenha condenado por *crime anterior*.

Quanto aos efeitos da reincidência, o art.64, inc.I, dispõe que “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período superior a 5 anos [...]”. Este dispositivo é um passo tímido no sentido de limitação do poder punitivo do Estado ao restringir a perpetuidade da reincidência.

De acordo com as bases positivas adotadas pelo nosso Código Penal, a reincidência está ligada à presunção de periculosidade do delinquente. Ele, em função da sua personalidade socialmente perigosa, é a fonte geradora da criminalidade. Neste paradigma, a criminalidade aparece “como uma realidade ontológica: as condutas como intrinsecamente criminosas e seu autor como um criminoso por concretos traços da sua personalidade ou influência de seu meio-ambiente”.<sup>161</sup>

Entretanto, esta presunção de periculosidade não se coaduna com os princípios penais da proporcionalidade e da ofensividade<sup>162</sup>, além de violar o *non bis in idem* e a coisa julgada.<sup>163</sup> De fato, porque aumentar a pena devido a delito anterior é punir duplamente o que já foi julgado (é uma revisão da pena pelo próprio Estado à custa do condenado), além de ser um instituto flagrantemente oriundo da concepção de direito penal do autor em detrimento ao direito penal do fato.

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 qualidades pessoais, posto que o sistema penal, dada

<sup>160</sup> Bissoli Filho, Francisco. Ob. cit., p.67.

<sup>161</sup> Andrade, Vera Regina Pereira de. A tessitura da biografia criminal seletiva e estigmatizante. In: Idem, p.19.

<sup>162</sup> Queiroz, Paulo. Ob. cit., p.343.

<sup>163</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl., Pierangeli, José Henrique. Ob. cit., p. 719.

sua seletividade, parece indicar mais qualidades pessoais do que ações, porque a ação filtradora o leva a funcionar desta maneira. Na realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações.<sup>164</sup> (grifou-se)

Nesse sentido, a reincidência é a vitrine da atividade descaradamente seletiva do direito penal denunciada pela Criminologia da reação social, cujo mérito consiste em demonstrar que a criminalidade é uma construção social, resultante da interação entre os sistemas de controle penal (polícia, promotores de justiça, juízes, membros do Legislativo) e social (família, mídia, escola). São esses sistemas de controle que atribuem a determinados sujeitos a qualidade de criminosos.

Somente quando se entende a criminalidade como uma atribuição ao invés de natureza própria do indivíduo, pode-se vê-la como produto de um processo socialmente construído – um processo de criminalização, que se constrói, primariamente, a partir da seleção de bens jurídicos e do comportamento ofensivo correspondente, e, secundariamente, através da seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os que praticam tais comportamentos.<sup>165</sup>

Analisando as prisões nos anos de 1820-1845, Foucault mostra algumas conclusões daquela época: “A detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se tem mais chance de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos [...]”.<sup>166</sup> Quase duzentos anos depois, pode-se tomar a frase acima como exemplo da realidade das prisões do século XXI, demonstrando que a função das prisões está muito distante do objetivo de ressocialização, de segunda chance aos infratores da lei. “A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade[...].”<sup>167</sup>

Sendo assim, e ninguém pode alegar desconhecimento da situação das prisões brasileiras, a que se presta a reincidência do Código Penal? Afinal, por que uma pessoa deve responder duplamente por um delito? Tem a pena esse poder de transformação tão imenso que ela deve ser reaplicada? Quais os resultados da pena? Segundo análise magistral de Foucault, a pena seria uma maneira de gerir as ilegalidades, toda gestão das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte dos mecanismos de dominação.<sup>168</sup> Enquanto se ocupam das

<sup>164</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl., Pierangeli, José Henrique. Ob. cit., p.66.

<sup>165</sup> Andrade, Vera Regina Pereira de. Ob. cit., p.79.

<sup>166</sup> Foucault, Michel. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 22ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p.221.

<sup>167</sup> Idem, p.222.

<sup>168</sup> Foucault, Michel. Ob. cit., p.226-227.

ilegalidades provocadas pelos estratos mais baixos da sociedade, deixam-se intocadas outras ilegalidades, aquelas provocadas por governantes e por setores privilegiados da sociedade, que realmente perturbam o pacto social de vida harmoniosa.

A análise da reincidência leva necessariamente à revisão dos fins da pena (um eufemismo para o fracasso do sistema carcerário). A CF/88 não fala expressamente sobre a finalidade das penas, já o art.1º da Lei de Execução Penal afirma que o objetivo da execução penal “é efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. De acordo com este dispositivo, a ressocialização é um direito do condenado, mas isso não significa que o encarceramento satisfaça esse direito. “Pensar o sentido e os fins da pena é, portanto, pensar o sentido e os fins do direito penal mesmo. [...] fins e limites do direito penal, que são em última análise os limites e fins do próprio Estado”.<sup>169</sup>

Então, se a pena não cumpre sua função de prevenção social positiva (ressocialização), ao contrário, brutaliza e estigmatiza o condenado (imaginável a partir da experiência de Josef K. em *O processo*, se ali ele se torna o processo, o encarcerado se torna a prisão), pois como se verifica nos julgados da pesquisa, mesmo nos crimes de bagatela o reincidente é tratado de forma diferente, chega-se à conclusão de que a reincidência resume-se a *pena pela pena*. Principalmente, negar a insignificância em função da reincidência consiste em substituir a avaliação objetiva do desvalor da ação e do resultado pelo julgamento da pessoa. São “idéias e medidas de ocasião que induzem a um deliberado fortalecimento do Estado de Polícia em prejuízo das conquistas democráticas do Estado de Direito”.<sup>170</sup> Não é função de juiz reeducar, redimir ou moralizar a personalidade dos réus<sup>171</sup>, pois o Estado tem a função de garantidor de direitos, sem ter o direito de forçar os cidadãos a não serem malvados.<sup>172</sup> É assegurado ao indivíduo apresentar qualquer comportamento – liberdade individual -, só responderá por ele se a sua conduta for ilícita. O *fato*, e somente aquele relevante para o direito penal, deve ser punido, e não a *personalidade*.

<sup>169</sup> Queiroz, Paulo. Ob. cit., p.311.

<sup>170</sup> Rosa, Alexandre Morais da., Silveira Filho, Sylvio Lourenço da. *Para um direito penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.53.

<sup>171</sup> Por isso não tem sentido afirmações como a seguinte: “Vale lembrar que o desvalor da conduta do agente que pratica delito de pouca monta – ainda mais quando a coisa apresenta valor ínfimo -, deve ser exemplarmente reprimido pela sua conduta ilícita ao invés de beneficiado [pelo princípio da insignificância]. É evidente que com um pouco de esforço um cidadão conseguirá, através do trabalho, ainda que informal, adquirir esses bens sem violar a norma jurídica e atentar contra o patrimônio do cidadão.” TJ/SC, AC 2011.016319-3/Coronel Freitas, 1ª C. Criminal, j.10/7/12, rel. Des. Carlos Alberto Civinski.

<sup>172</sup> Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, et al. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.57.



Entretanto, de acordo com o TJ/SC, reincidência e maus antecedentes denotam personalidade voltada para o crime. Verificou-se na pesquisa a negação da insignificância sob o argumento de que réu reincidente ou possuidor de maus antecedentes é indicativo de personalidade criminosa que deve ser penalizada, caso contrário seria incentivar a prática de delitos. Alguns julgados da pesquisa são apresentados abaixo como exemplo de entendimento das Câmaras Criminais do TJ/SC sobre o tema:

[...] ressaltar que o recorrido responde a outro processo-crime por crime de furto, o que demonstra sua conduta reprovável e personalidade voltada à prática de delitos patrimoniais [...] <sup>173</sup> (grifou-se)

[...] Não se aplica o princípio da insignificância ao réu reincidente e de maus antecedentes, mesmo quando o valor da coisa subtraída é considerado irrisório [...] O princípio da insignificância não se aplica ao agente que demonstra imprudência ao praticar o delito e revela personalidade distorcida e conduta social desajustada, muito embora o valor da coisa furtada seja diminuto. <sup>174</sup> (grifou-se)

[...] além do apelante ser multirreincidente, a *res furtiva* se trata de objeto avaliado em R\$ 200,00, ou seja, 36,6% de um salário-mínimo da época dos fatos, junho/2011. Ademais, conforme se extrai-se da sentença proferida, é possuir de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o delito em comento, circunstâncias que não autorizam o benefício. <sup>175</sup> (grifou-se)

[...] Demonstrado que o réu possui personalidade voltada à prática de crimes contra o patrimônio, sendo reincidente específico, a reiteração torna inviável a aplicação do princípio da insignificância porque, em tais casos, deve prevalecer a segurança, indispensável à paz social. <sup>176</sup> (grifou-se)

[...] De fato, sabe-se que o valor da *res furtiva* (roupas penduradas no varal), embora não especificado nos autos, é ínfimo, e não ultrapassa os limites daquilo que se considera insignificante. No entanto, a jurisprudência dominante perfilhou entendimento de que para a aplicação de tal princípio se exige não só o reconhecimento do pequeno valor do objeto furtado, mas também a análise das circunstâncias do fato e da pessoa do réu, pois, caso contrário, haveria incentivo à prática de furtos de objetos de baixo valor. <sup>177</sup> (grifou-se)

Pode-se definir personalidade como a organização dinâmica da *psique* que confere ao ser (sujeito) a sua individualidade (características próprias ou pessoais), sendo estruturada conforme determinações biológicas, sociais e culturais. <sup>178</sup>

O art.59 do Código Penal obriga o juiz a analisar os fatores objetivos e subjetivos do crime praticado para fins de individualização da pena, dentre os quais consta a análise da *personalidade* do agente. A atenção às circunstâncias desse artigo é obrigatória em respeito ao

<sup>173</sup> TJ/SC, RC 2012.074300-4/Itajaí, 2ª C. Criminal, j. 27/11/12, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil.

<sup>174</sup> TJ/SC, AC 2012.070463-1/Capital, 4ª C. Criminal, j. 14/11/12, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco citando ao final excerto de voto do Des. Solon D'Êça Neves, AC 2005.029305-5/São Miguel d'Oeste.

<sup>175</sup> TJ/SC, AC 2011.088470-9/Mafra, 1ª C. Criminal, j. 10/7/12, rel. Des. Carlos Alberto Civinski.

<sup>176</sup> TJ/SC, RC 2012.022332-0/Itajaí, 3ª C. Criminal, j. 19/6/12, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho.

<sup>177</sup> TJ/SC, AC 2012.003779-8/Palhoça, 2ª C. Criminal, j. 12/6/12, rel. Des. Francisco Oliveira Neto.

<sup>178</sup> Raffaelli, Rafael. *Psicanálise e casamento*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994, p.34.

princípio constitucional da individualização da pena (art.5º, XLVI), que, em tese, possibilita sua individualização e concretização de forma mais justa.

Entretanto, o juiz não é o profissional apto a definir a personalidade do réu. Nem mesmo os profissionais habilitados a esse fim, como os psicólogos e psiquiatras, chegam a compreender integralmente uma única personalidade, quiçá os juízes de 2º grau que tem acesso somente à verdade resultante da instrução processual, sem nem mesmo ver ou falar com o réu. “O processo penal não tem condições de aclarar os fatos e permitir ao magistrado a devida análise das condições subjetivas que envolvem o crime. Ou seja, a verdade processual legal é totalmente distinta da verdade real.”<sup>179</sup>

Na primeira década do século passado, o Dr. Healy, diretor do Instituto Psicopático Juvenil, publicou *The Individual Delinquents a Textbook for Diagnosis and Prognosis*, uma denúncia clássica das raízes sócio-econômicas da delinquência, um livro que destruiu a ideia de que as causas da delinquência eram genes defeituosos, personalidade defeituosa ou degeneração.<sup>180</sup> O reconhecimento de que um delinquente não é um indivíduo congenitamente mau, mostrou que a intervenção adequada a esses casos não se encontra nas medidas punitivas do direito penal, mas nos domínios da psiquiatria e da psicologia em tratamentos de fortalecimento do ego.

O psiquiatra e psicanalista Franz Alexander teve a oportunidade de apresentar as motivações psicanalíticas inconscientes de atos criminosos em um Tribunal alemão no caso de uma jovem com longo histórico de prática de furtos. Essa jovem furtava objetos de valor ínfimo e de valor relevante, mas estes últimos ele jogava em um rio. Sua preferência era por reproduções baratas de pinturas da Virgem Maria e a Criança. Alexander contou ao Tribunal que a moça era uma órfã abandonada que decidira ser atriz. Enquanto estudava teatro tornou-se amante de um rico celibatário que lhe deixou claro que nunca a desposaria. Este fato conflitava diretamente com o seu desejo de ter um filho, assim, simbolicamente, ela se identificava com a Virgem Maria, que concebeu um filho em virgindade. Convencido da argumentação o juiz suspendeu a pena e impôs à jovem tratamento psicanalítico.<sup>181</sup>

A proposta não é de que psicoterapia para todos os que infringem a lei seria a solução adequada aos problemas de criminalidade, por ser algo inviável e, sobretudo, porque não é

<sup>179</sup> Andrade, Lédio Rosa de. *Direito penal diferenciado*. 2ª ed. Florianópolis: Conceito, 2009, p.68.

<sup>180</sup> Alexander, Franz G., Selesnick, Sheldon T. *História da psiquiatria: uma avaliação do pensamento e da prática psiquiátrica desde os tempos primitivos até o presente*. Trad. Aydano Arruda. 2ª ed. São Paulo: IBRASA, 1980, p.483.

<sup>181</sup> Idem, p.452.

verdade; assim como o direito penal não é necessariamente a melhor resposta, a psicoterapia tampouco cumpriria esse papel. A apresentação desses estudos serve como exemplo dos esforços iniciais da psicologia e da psiquiatria, hoje já consolidados, para demonstrar que a reprimenda penal não é a única resposta aos atos criminosos e para demonstrar a complexidade da avaliação de uma personalidade.

De acordo com a metodologia da segunda tópica psicanalítica, a estrutura da personalidade é formada por três elementos: *ego*, que é organização e consciência, e por isso está em contato com a realidade e procura adaptar-se à mesma; *superego*, que é o que geralmente se chama de consciência moral, isto é, o conjunto dos interditos sociais que a pessoa introjetou durante a sua vida, principalmente nos seus primeiros anos de existência, mesmo de forma inconsciente; o *id*, que é constituído pelos múltiplos impulsos da libido, segundo o princípio do prazer.

A formação do superego está diretamente ligada a assimilação do certo e errado: crime é errado, igual à punição. Ainda que uma pessoa cometa um crime, isso não representa um problema na formação do seu superego, ou um problema de personalidade, porque a distinção entre certo e errado é uma questão moral, que se aplica a um aspecto cognitivo da mente, não considera fatores emocionais, logo não necessariamente consiste em um problema da personalidade. Ademais, todo o conhecimento psicológico/psiquiátrico existente indica que uma pessoa pode demonstrar comportamento anormal em um aspecto de sua vida, mas ser perfeitamente adequada em seu funcionamento geral. Mesmo porque se todos que praticam crimes possuíssem personalidade malformada, poucos cidadãos escapariam destes distúrbios, pois a realidade que a grande maioria dos autores de ilícitos penais ingressa na *cifra negra*<sup>182</sup> e não sofre qualquer consequência jurídico-penal.

A avaliação da personalidade envolve diversos fatores do indivíduo, aspectos biológicos, sociais e culturais. Por conseguinte, se os juízes pretendem avaliar a personalidade do réu, devem traçar todo seu histórico familiar, vida atual e pregressa nos seus diversos elementos e interpretá-lo de acordo com uma das correntes da psicologia moderna. Ou, podem enveredar para a interpretação das circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art.59 do Código Penal, exclusivamente como benéficas ao réu ao invés de agravantes da pena, como os exemplos a seguir do TJ/RS:

[...] PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS ANTECEDENTES, DA PERSONALIDADE DA CONDUTA SOCIAL.

---

<sup>182</sup> Andrade, Lédio Rosa de. Ob. cit., p.70.

IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO. As circunstâncias judiciais dos antecedentes, da conduta social e da personalidade previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se sua conduta (lato senso) for ilícita [...] <sup>183</sup> (grifou-se)

APELAÇÃO-CRIME. ROUBO MAJORADO TENTADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA. Personalidade: não pode exasperar a pena, seja por agredir o princípio constitucional da proteção da intimidade - cada um a tem como lhe é possível -, seja porque o julgador não está capacitado a analisá-la [...] <sup>184</sup> (grifou-se).

Demonstrado que os critérios subjetivos não podem servir como elemento incriminador, não há sentido em apreciá-los em se tratando de crimes irrelevantes; por conseguinte, não se sustenta o argumento de maus antecedentes, reincidência ou personalidade para afastar o princípio da insignificância. Além disso, em termos dogmáticos, maus antecedentes, reincidência e personalidade referem-se à culpabilidade, e a análise do princípio da insignificância restringe-se à exclusão de tipicidade, seu juízo perpassa a verificação da tipicidade material.

A consideração dos critérios subjetivos é demonstrativo da prática do direito penal do autor, em discordância com as conquistas do Estado Democrático.

<sup>183</sup> TJ/RS, AC 70005331228/São Sebastião do Cai, 6ª C. Criminal, j. 19/12/2001, rel. Des. Sylvio Baptista Neto.

<sup>184</sup> TJ/RS, AC 70035047109/Viamão, 5ª C. Criminal, j. 14/4/2010, rel. Des. Amilton Bueno Carvalho.

## 4 CONCLUSÃO

Neste trabalho viu-se, no primeiro capítulo, o embasamento legal do princípio da insignificância. Trata-se de um princípio constitucional implícito decorrente da limitação do poder punitivo estatal apregoada pela Constituição, fortemente sustentado pelos princípios da intervenção mínima (subsidiariedade e fragmentariedade), da liberdade e da proporcionalidade.

No segundo capítulo apresentaram-se as bases doutrinárias do princípio da insignificância. Viu-se que este princípio tem a função político-criminal, em consonância com princípios constitucionais, de descriminalizar condutas formalmente típicas que não afetam de maneira expressiva os bens jurídicos protegidos pelo direito penal. Constitui-se, portanto, como uma excludente de tipicidade baseada na concepção material do tipo, através da análise do desvalor da ação e do resultado para além da mera subsunção à norma, considerando-se a violação do bem jurídico e o prejuízo social do resultado.

No terceiro capítulo analisaram-se os resultados obtidos na pesquisa empírica. Viu-se que os critérios exigíveis pelo TJ/SC para se aplicar a insignificância são mais amplos que os fixados pelo STF, além da inexpressividade do desvalor da ação e do resultado, consideram-se também a importância do objeto subtraído para a vítima, a condição econômica da vítima, o tipo de crime, o valor do bem, o tipo de bem e, principalmente, o critério subjetivo, compreendidos pela reincidência, maus antecedentes e personalidade.

Contudo, viu-se que a importância do objeto subtraído para a vítima e a sua condição econômica não podem ser considerados na análise da insignificância em respeito aos princípios da legalidade e da taxatividade, que restringem a interpretação do tipo penal a maior exatidão literal possível, e da intervenção mínima, segundo o qual a imputação penal deve restringir-se àquilo que é juridicamente relevante, sendo assim consideradas somente as ações que produzam lesões perturbadoras da harmonia social e do funcionamento do modelo democrático de direito.

Em termos doutrinários, mostrou-se por meio da Teoria da Imputação Objetiva porque a insignificância não pode ser afastada em função desses dois critérios. Viu-se que a interpretação objetiva do tipo penal se faz através da verificação da criação, pela conduta, de um risco juridicamente desaprovado e na realização desse risco como resultado. Logo, a análise da tipicidade concentra-se na criação e realização do risco e de seu resultado.

Demonstrou-se, de acordo com os princípios constitucionais e com a doutrina, que o exame da insignificância deve se resumir à análise da tipicidade que, modernamente, se faz através da concepção de tipicidade material, do desvalor da ação e do resultado, ou verificação da criação de um risco e sua realização, desconsiderando-se critérios de outra ordem.

Quanto ao tipo de crime, viu-se através do gráfico 1 que os furtos simples, também na sua forma tentada, e o furto privilegiado foram os que, proporcionalmente, mais receberam a insignificância. O furto qualificado, embora tenha aparecido com maior número de ocorrências, teve baixo índice de reconhecimento da insignificância porque é considerado pelo TJ/SC como de crime maior gravidade. O crime de roubo é desconsiderado por si só em função da ofensa à pessoa contida no tipo, o que mais uma vez demonstra que a interpretação da tipicidade praticada pelo TJ/SC prima pela formalidade através da mera subsunção, pois em se tratando de roubo no qual a quantia subtraída é economicamente insignificante não houve propriamente ofensa ao patrimônio, não havendo, portanto crime patrimonial, devendo o autor responder somente pelo crime de constrangimento ilegal.

No que tange ao valor do bem, os resultados da pesquisa estão ilustrados no gráfico 2. Os resultados da pesquisa trouxeram bens cujo valor vai de zero a R\$10.000,00, entretanto, a maior parte das coisas subtraídas tinham valor entre zero e R\$200,00. Através dos dados obtidos viu-se que embora a jurisprudência e a doutrina pátria tenham fixado que valor irrisório é aquele que está abaixo do valor de um salário mínimo, o TJ/SC entende como bem de valor ínfimo passível de receber a insignificância aqueles cujo valor seja inferior a R\$200,00. Outra conclusão referente a este item advém da análise dos argumentos, onde foi possível verificar que a subtração do bem de valor ínfimo não é requisito suficiente para a aplicação da insignificância, esta só se perfaz quando conjugada a outros critérios, particularmente com o exame da primariedade do réu.

Outro aspecto pesquisado foi a relação entre reconhecimento da insignificância, tipo de bem subtraído e sua restituição à vítima, conforme tabela 1. Viu-se que o fato de o bem ter sido restituído à vítima só é considerado, e de forma positiva, quando se aplica a insignificância, mostrando que não houve desvalor do resultado; enquanto que o tipo de bem é comumente contemplado, verificando-se maior indulgência aos bens de primeira necessidade, como alimentos. A avaliação positiva desses critérios por si só não são suficientes para se reconhecer a insignificância, de acordo com o entendimento do TJ/SC, sempre deve ser avaliado o critério subjetivo do réu.

Verificou-se na análise dos fundamentos dos julgados que há um requisito do qual dependem todos os outros para que o TJ/SC reconheça o princípio da insignificância: o critério subjetivo, que é analisado de três formas, através dos maus antecedentes, da reincidência e da personalidade. Cada um desses três elementos quando analisados negativamente são suficientes para afastar a insignificância, sobrepondo-se a qualquer valoração positiva de outros requisitos.

Contudo, viu-se que negar a insignificância em função dos critérios subjetivos consiste em substituir a avaliação objetiva do desvalor da ação e do resultado pelo julgamento da pessoa, prática inadequada no Estado Democrático que pressupõe o direito penal do fato em detrimento do direito penal do autor. Ademais, em termos dogmáticos, maus antecedentes, reincidência e personalidade referem-se à culpabilidade, e a análise do princípio da insignificância restringe-se à exclusão de tipicidade, seu juízo perpassa a verificação da tipicidade material.

Finalmente, conclui-se que o TJ/SC só admite o princípio da insignificância quando se cumprem conjuntamente no mínimo três ou quatro dos seus requisitos, e desde que o réu seja primário. A relevância dada ao critério subjetivo e os critérios objetivos usados pelo TJ/SC traz a resposta para a hipótese principal deste trabalho demonstrando que não se cumprem os princípios constitucionais da liberdade, da proporcionalidade e da intervenção mínima, ou seja, em contraposição ao Estado de Direito.

Do mesmo modo, viu-se que de acordo com as hipóteses secundárias o princípio da insignificância é uma excludente de tipicidade e pode ser também uma excludente de antijuridicidade, visto que se refere tanto ao exame da irrelevância do desvalor da ação quanto do resultado; igualmente evidente restou que os critérios subjetivos não são objeto de análise da insignificância, uma vez que este princípio limita-se ao injusto penal, enquanto que os critérios subjetivos referem-se ao exame de culpabilidade.

Conclui-se também que o princípio da insignificância agrega os mais altos valores do direito penal e só pode ser aplicado quando se pratica política-criminal de acordo com os ditames constitucionais.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abbagnano, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi, Maurice Cunio, et al. 2ªed. São Paulo: Mestre Jou, 1962.
- Alexander, Franz G., Selesnick, Sheldon T. *História da psiquiatria: uma avaliação do pensamento e da prática psiquiátrica desde os tempos primitivos até o presente*. Trad. Aydano Arruda. 2ª ed. São Paulo: IBRASA, 1980.
- Alexy, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda H. S. Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- Andrade, Lédio Rosa de. *Direito penal diferenciado*. 2ª ed. Florianópolis: Conceito, 2009.
- Andrade, Vera Regina. Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- Ataliba, Geraldo. *República e constituição*. 2ª ed. atual. por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2007.
- Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- Batista, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- Beccaria, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro B. Contessa. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- Bissoli Filho, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.
- Bitencourt, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 4ª ed. rev. ampl. atual. leis 9.099/95 e 9.271/96 do livro lições de direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- Bobbio, Norberto. *Teoria do ordenamento Jurídico*. Trad. Maria dos Santos. Rev. téc. Claudio De Cicco. 10ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, reimpressão 2006.
- Bobbio, N., Mateucci, N., Pasquino, G. *Dicionário de política*. V.1. Trad. Carmen Varriale et al. 13ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2007.
- Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- Bottini, Pierpaolo Cruz., et al. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados, *RBCrim* 98, p.117-148, 2012.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/constituicao>>. Acesso em: 28 abr.2013.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848/1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/decreto-lei2848>. Acesso em: 15 abr.2013.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Geral do Mutirão Carcerário de Santa Catarina – 2011, p.172. Disponível em:<[http://www.tj.sc.gov/institucional/diretorias/mutirao/carcerario/cnj\\_2011](http://www.tj.sc.gov/institucional/diretorias/mutirao/carcerario/cnj_2011)>. Acesso em: 30 maio. 2013.



- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.412-0/SP, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJe 19/11/2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 103.506/MG, 1ª Turma, rel. Min. Rosa Weber, DJe 26/6/2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 110.191/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 23/4/13.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 118.702/MG, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 16/02/2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC151577/MG, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 18/3/2010,
- Cornejo, Abel. *Teoría de la insignificância*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.
- Delgado, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3ªed. São Paulo: LTr, 2001.
- Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, et al. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- Flórez-Valdés, J. Arces y. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990
- Foucault, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 22ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- Gomes, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ªed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- Gomes, Luiz Flávio. *Normas, regras e princípios*. Parte 1. *JusBrasil*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 13 mar. 2013.
- Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- Greco, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- INFOPEN. Ministério da Justiça. Relatórios estatísticos. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/execuçãopenal/sistemaprisional/infopenestatistica>>. Acesso em: 30 maio. 2013.
- Kelsen, H. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Trad. J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I e II. 6ª ed. atual. c/ Lei nº12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- Mañas, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- Montesquieu. *O espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. Bogotá: Temis, 1984.

Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal*. V.2 Parte especial. Arts. 121 a 361. 2ª ed. rev. atual. ampl. compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Queiroz, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. 4ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Raffaelli, Rafael. *Psicanálise e casamento*. Florianópolis: editora da UFSC, 1994.

Rêbello, José Henrique Guaracy. Breves considerações sobre o princípio da insignificância. *Revista CEJ*, Brasília, nº10, p. 61-67, jan./abr.2000.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 70005331228/São Sebastião do Cai, 6ª C. Criminal, j. 19/12/2001, rel. Des. Sylvio Baptista Neto.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 70035047109/Viamão, 5ª C. Criminal, j. 14/4/2010, rel. Des. Amilton Bueno Carvalho.

Rizzieri, A. *Il danno non patrimoniale da reato*. Disponível em: <<http://www.google.com.br/books>>. Acesso em: 13 mar.2013.

Rosa, Alexandre Morais da., Silveira Filho, Sylvio Lourenço da. *Para um direito penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Roxin, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Madri: Reus, 1981.

Roxin, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2012.065328-6/Mafra, 3ª C. Criminal, j. 16/10/2012, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2011.097242-0/Abelardo Luz, 3ª C. Criminal, j. 14/02/2012, rel. Des. Torres Marques.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2012.01996-4/Capital, 4ª C. Criminal, j. 16/8/2012, rel. Des. Roberto L. Pacheco.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2012.052824-4/Camboriú, 4ª C. Criminal, j. 06/12/2012, rel. Des. Cinthia B. da S. B. Shaefer.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2012.037262-3/Capital, 1ª C. Criminal, j. 27/11/2012, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2012.018703-1/Maravilha, 3ª C. Criminal, j. 10/7/2012, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2011.008616-9/São Bento do Sul, 2ª C. Criminal, j. 28/02/2012, rel. Des. Solon d'Eça Neves.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2011.072981-2/Criciúma, 4ª C. Criminal, j. 26/4/2012, rel. Des. Jorge Schaefer Martins.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2009.062451-5/São José, 4ª C. Criminal, j. 18/10/2012, rel. Des. José Everaldo Silva.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2012.038076-1/Capital, 4ª C. Criminal, j. 11/10/2012, rel. Des. José Everaldo Silva.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2011.096125-2/Criciúma, 2ª C. Criminal, j. 06/11/2012, rel. Des. Ricardo Roesler.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2011.063087-6/Garuva, 4ª C. Criminal, j. 04/4/2012, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2011.055177-6/Blumenau, 4ª C. Criminal, j. 19/4/2012, rel. Des. Jorge Shaefer Martins.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RC 2012.074300-4/Itajaí, 2ª C. Criminal, j. 27/11/12, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2012.070463-1/Capital, 4ª C. Criminal, j. 14/11/12, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco citando ao final excerto de voto do Des. Solon D'Eça Neves, AC 2005.029305-5/São Miguel d'Oeste.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2011.088470-9/Mafra, 1ª C. Criminal, j. 10/7/12, rel. Des. Carlos Alberto Civinski.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RC 2012.022332-0/Itajaí, 3ª C. Criminal, j.19/6/12, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AC 2012.003779-8/Palhoça, 2ª C. Criminal, j. 12/6/12, rel. Des. Francisco Oliveira Neto.

Silva, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 2ª ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2011.

Silva, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. p. 34. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br>>. Acesso em: 05 mar.2013

\_\_\_\_\_. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1, p.607-630, 2003. Disponível em: <<http://yimg.com/Virgilio>>. Acesso em: 26 mar.2013

Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Vieira, Antônio. *Princípio da proporcionalidade e prisão provisória*. Disponível em: <<http://www.jusvigilantibus.com.br>>. Acesso em: 12 mar.2013.

Villey, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito, os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria M.de Aguiar, rev. téc. Ari Solon. São Paulo: Malheiros, 2003.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

\_\_\_\_\_. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

Zaffaroni, Eugenio Raúl., Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. V.1. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.