



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Glauber Henrique Valverde Pereira Ribeiro

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: UM DISCURSO SOBRE O
DIREITO PENAL DO AUTOR**

Brasília
2016

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Glauber Henrique Valverde Pereira Ribeiro

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: UM DISCURSO SOBRE O
DIREITO PENAL DO AUTOR**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Camila Cardoso de Mello
Prando

Brasília
2016

Glauber Henrique Valverde Pereira Ribeiro

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: UM DISCURSO SOBRE O
DIREITO PENAL DO AUTOR**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Camila Cardoso de Mello
Prando

Brasília, 5 de julho de 2016

**Prof^a. Dr^a Camila Cardoso de Mello Prando
(Orientadora – UnB)**

**Prof^a. Dr^a Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende
(Membro - UnB)**

**Prof^a. Dr^a Cristina Zackseski
(Membro - UnB)**

*À minha mãe,
que me ensinou a sonhar.*

*Ao meu pai,
que me ensinou a importância dos cadernos e dos livros.*

AGRADECIMENTOS

Talvez o “capítulo” mais difícil de toda a monografia. Para não correr o risco de agradecer diretamente várias pessoas e esquecer alguém, decidi utilizar essa página para agradecer especificamente duas pessoas que contribuíram diretamente com o resultado deste trabalho, que não se confunde com todas minhas experiências acadêmicas, profissionais e pessoais vivenciadas nos últimos cinco anos. Seria necessário escrever uma monografia própria para agradecer a todos que de algum modo contribuíram para a minha jornada ao longo do curso de graduação em Direito.

Uma das pessoas que aqui agradecerei diretamente é a professora Camila Prando, por ser responsável pelo meu entusiasmo com o Direito Penal. Quando iniciei a graduação em Direito imaginava que jamais teria interesse na matéria. Aliás, costumava comentar com pessoas próximas que “*Penal*” era a única área do Direito na qual jamais atuaria. Mudei completamente minha concepção quando cursei “Teoria Geral do Direito Penal” com a professora Camila. Ao longo da matéria fiquei impressionado (essa é a melhor palavra para ser usada aqui, apesar de soar clichê) com o domínio de conteúdo, intensidade das aulas e visão crítica apresentados pela Camila, o que quebrou completamente com a minha concepção do Direito Penal como uma disciplina manualesca, descritiva de condutas e do *quantum* de penas. Percebi que o Direito Penal (e qualquer outra área do Direito) podem ser analisados através de outra perspectiva, que, ao invés de propor uma adesão a conceitos obtusos, estimule o questionamento, o raciocínio e a construção de uma visão crítica. Tenho convicção que, caso não tivesse cursado “TGDP” na turma do diurno no 2º semestre de 2012, “*Penal*” (e aqui utilizo esse termo no sentido mais amplo possível) não concentraria meus interesses acadêmicos e profissionais.

Outra pessoa que menciono aqui é a Virgínia, com quem compartilhei os últimos quatro anos e meio da minha vida. A pessoa que me fez entender o significado de um trecho uma das minhas músicas favoritas: “*A man and a woman have each other, baby, to find their way in this world*”.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo investigar o discurso do Supremo Tribunal Federal sobre o princípio da insignificância penal (desdobramento do princípio da lesividade), e, a partir de uma análise retórica dos votos presentes no acórdão do julgado do HC 123.108, identificar se tal discurso é compatível com o Estado democrático de direito. Objetiva-se assim preencher uma lacuna deixada pelos estudos que se preocupam apenas com análises quantitativas das decisões do STF sobre o tema. Trabalhamos com a perspectiva de Ferrajoli sobre o Estado de direito, a relacionando com as perspectivas do paradigma da reação social e da Criminologia Crítica sobre o sistema e o poder punitivo. Ao fim da análise retórica, sustentamos que o discurso da Corte constitucional brasileira sobre o princípio da insignificância penal é um discurso violador de garantias fundamentais e incompatível com o Estado democrático de direito, por ser um discurso de legitimação do Direito Penal do autor, e apontamos os caminhos discursivos da decisão analisada.

Palavras-chave: Estado de direito – garantia de direitos individuais - Direito Penal do autor – princípio da insignificância

ABSTRACT

This study aims to investigate the speech of the Supreme Federal Court on the criminal concept of the harm principle, and, from a rhetorical analysis of the votes included at the Court's ruling of the trial HC 123.108, we identify whether such a speech is consistent with the legal principle of the rule of law. The goal is to fill a gap left by the studies that are concerned only with quantitative analysis of Supreme Court decisions on the subject. We work with the prospect of Ferrajoli on the rule of law, relating it with the labelling theory and Conflict and Critical Criminology's views on system and punitive power. At the end of rhetorical analysis, we claim the speech of Brazilian Supreme Federal Court on the harm principle violates fundamental rights and is incompatible with the principle of the rule of law.

Keywords: Rule of law – individual rights – harm principle

SUMÁRIO

Introdução	9
Capítulo 1. O papel das agências judiciais no controle do poder punitivo e na efetivação do estado de direito	13
1.1. Considerações iniciais sobre o Estado de direito.....	13
1.2. Poder punitivo e processo de criminalização.....	14
1.3. O Direito Penal do autor e o Estado de direito.....	20
Capítulo 2. O princípio da insignificância como forma de controle do poder punitivo	23
2.1. O princípio da insignificância na jurisprudência do STF.....	23
2.2. Bases teóricas do princípio da insignificância.....	25
2.3. Contribuições da retórica para a análise do discurso.....	28
2.4. Definição dos indicadores da análise retórica.....	34
Capítulo 3. O Direito Penal do autor no discurso do Supremo Tribunal Federal sobre o princípio da insignificância	39
3.1. Análise dos resultados.....	39
3.2. O discurso do Direito Penal do autor.....	57
Conclusão	65
Referências Bibliográficas	69

INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu a partir de uma inquietação em relação à disparidade entre as bases teóricas do princípio da insignificância, fundamentadas na ideia de lesão ao bem jurídico, e posicionamentos da jurisprudência nacional de não aplicar tal princípio em função de circunstâncias subjetivas ao agente. Parte de tais decisões mencionam como argumento de autoridade o Supremo Tribunal Federal, que já possui um vasto catálogo de acórdãos nos quais a reincidência é causa impeditiva da aplicação do princípio da bagatela.

Ao descobrir anos atrás a existência de tais precedentes, notamos que talvez fosse equivocada a noção de que o STF é um tribunal garantista e progressista em matéria penal, como alguns julgados midiáticos o faziam parecer a nossos olhos. Ao nos debruçarmos sobre algumas decisões, notamos inicialmente não apenas uma ausência de bases teóricas, mas um forte discurso punitivista, muitas vezes baseadas em senso comum e em uma criminologia do cotidiano. A partir de tais inquietações, realizamos uma revisão bibliográfica sobre a aplicação do princípio da insignificância no STF, e percebemos que a posição majoritária da corte é no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância em caso de reincidência.

Observamos que 13 dos 22 trabalhos encontrados nesse levantamento preliminar apresentaram a posição do STF sobre o tema como sendo definida e baseada nos “vetores” presentes na ementa do HC 84.412/SP. Talvez tais resultados sejam resultado daquilo que Salo de Carvalho entende como uma tendência a tratar de se fazer um trabalho acadêmico como se peça processual fosse (CARVALHO, 2015).

Não se discute a relevância desses 13 trabalhos para o estudo sobre o princípio da insignificância, mas sim em que ponto tais estudos contribuem especificamente para entender, de maneira aprofundada, o discurso do Supremo Tribunal Federal sobre a insignificância, já que tratam do posicionamento do STF como se pacífico e sólido fosse, e não há preocupação em identificar as contradições e problemáticas de tais discursos.

Os demais trabalhos encontrados que de algum modo avançaram no tema, trouxeram contribuições qualitativas para análise da aplicação do princípio da insignificância, mas nenhum trabalho fez uma análise crítica do discurso de tais decisões. Quais os argumentos que mobilizam tais decisões? Qual discurso por de trás da abstração fria da ementa de um acórdão?

Ao fazermos uma leitura crítica do HC 84.412/SP, o acórdão “dos vetores”, percebemos as limitações de pesquisas e estudos sobre decisões judiciais que analisam apenas ementas. A leitura do inteiro teor dessa decisão nos permite concluir que não se trata de uma situação na qual o Tribunal está definindo parâmetros para balizar outras decisões, como sugerido por trabalhos acadêmicos e por parte da jurisprudência. Trata-se da percepção do relator sobre o conceito atribuído por determinada doutrina ao princípio da insignificância. No entanto, as bases doutrinárias do princípio são parcamente desenvolvidas no voto, e o princípio da insignificância chega a ser tratado como uma derivação do direito civil¹

Na ocasião, o STF analisava uma *Habeas Corpus* impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, na qual a aplicação do princípio da insignificância foi negada com o argumento de que a lesão ao bem jurídico foi de pequeno valor, mas não insignificante. O STF, ao invés de continuar a desenvolver a discussão estabelecida no STJ a respeito da distinção entre o tipo de furto que leva ao

¹ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>

reconhecimento da atipicidade da conduta, e entre aquele que leva ao reconhecimento do furto privilegiado, promoveu a ampliação da ideia de insignificância, incluindo vetores que na realidade são postulados genéricos, que permitem interpretações a respeito da necessidade da análise de circunstâncias subjetivas ao agente. Ou seja, enquanto o STJ denegou a ordem com base em critérios objetivos (valor do bem), o STF concedeu a ordem com postulados como “periculosidade social”, promovendo aí uma abertura epistemológica que cria as bases para que o discurso sobre o princípio da insignificância se torne um discurso sobre Direito Penal do autor. Todos esses detalhes se perdem com a mera leitura de uma ementa.

A partir daí, partimos para uma análise da compatibilidade do discurso do STF sobre a insignificância, com o Estado de direito na formulação proposta por Ferrajoli. Propomos uma perspectiva crítica em relação aos atos decisórios da corte constitucional, em detrimento de uma apresentação de dados meramente quantitativa de decisões, por entendermos que em uma democracia, a legitimidade do Judiciário pressupõe a possibilidade de entendimento a respeito do processo decisório, e não apenas do resultado.

A partir da análise retórica do acórdão do julgado do HC 123.108, realizamos uma análise qualitativa do discurso presente em tal decisão, para investigar os caminhos discursivos que são percorridos ao longo dos votos, e identificar se a nossa corte constitucional age para efetivar garantias fundamentais e o Estado de direito, ou se age em sentido oposto.

Ao longo do trabalho fizemos uma análise da dimensão normativa do Estado de direito e da realização de garantias individuais, na qual iremos demonstrar que existe uma relação estreita entre a necessidade do controle do poder punitivo, a efetivação de direitos fundamentais e o Estado de direito. Em seguida, realizamos uma análise fenomenológica do funcionamento do controle penal moderno, na qual

utilizamos as contribuições do paradigma da reação social e da Criminologia Crítica que, ao rejeitarem a ideia de uma sociedade estável e harmônica, e com base nos pressupostos do interacionismo simbólico, ampliaram o horizonte do saber criminológico, deslocando para o aparato punitivo estatal o foco dos estudos, que antes se concentravam na figura do criminoso e do crime. A Criminologia Crítica não investiga o que leva um indivíduo a praticar o “crime”, mas procura responder questões como: quem pune, como pune e por qual motivo pune?

A dimensão normativa explica um modelo de Estado de direito ideal e o seu oposto, o Estado autoritário. A dimensão fenomenológica explica como o funcionamento do sistema penal se aproxima dos níveis de efetivação de garantias do Estado de direito, ou dos níveis de violação de direitos de um Estado autoritário. Considerando os modos de funcionamento do controle penal moderno, a partir da análise de decisões do STF em matéria penal, investigamos de que modo se dá a realização (ou não) de garantias individuais naquela Corte.

Como instrumento de pesquisa, selecionamos a análise retórica do discurso, pois a Retórica, assim como o paradigma da reação social e a Criminologia Crítica, nega a existência da racionalidade e da verdade em sentido ontológico. O direito e o discurso jurídico não são aceitos como naturais e estáveis, como se reproduzissem uma razão absoluta, mas são entendidos como criações linguísticas, frutos de interações sociais.

CAPÍTULO 1

O PAPEL DAS AGÊNCIAS JUDICIAIS NO CONTROLE DO PODER PUNITIVO E NA EFETIVAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

1.1 – Considerações iniciais sobre o Estado de direito.

O Estado de Direito é um conceito amplo e genérico. Existem dois sentidos modernos atribuídos ao termo. Um corresponde ao uso alemão de “*Rechtsstaat*”, e significa um Estado no qual o poder tem uma fonte e uma forma legal. Assim, nessa concepção, um Estado de Direito exige apenas que os poderes dos sujeitos titulares e as formas de exercícios desses poderes sejam legalmente determinados. Mesmo formas de governo autoritárias e totalitárias podem se enquadrar em tal conceito. O outro sentido corresponde ao uso inglês do termo *rule of law* (supremacia da lei) e corresponde aos Estados constitucionais, os quais incorporam em nível formativo limites não somente formais, mas substanciais, a qualquer exercício de poder (FERRAJOLI, 2006, p.790).

Ferrajoli relaciona essa concepção de Estado (a da supremacia da lei) ao garantismo, que designa não apenas um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas uma forma de Estado nascida com o constitucionalismo moderno. É essa ideia de Estado de direito que iremos empregar ao longo do trabalho, que segundo o jurista italiano pressupõe não apenas uma legitimação formal, mas também substancial. A legitimação formal ocorre através do princípio da legalidade, que preceitua que todo poder público está subordinado às leis, cuja observância do cumprimento ocorre por parte de juízes independentes. A legitimação substancial pressupõe a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio de limitação imposta constitucionalmente dos poderes públicos correspondentes, limitação essa que visa impedir violações aos direitos de liberdade, e obrigar a satisfação dos direitos sociais, e dos correlativos

poderes dos indivíduos que vierem a ativar a tutela judiciária. Essas duas formas de legitimação impedem que exista um Estado com poderes ilimitados e sem alguma forma de controle, eis que “todos os poderes são assim limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma, mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é uma causa de invalidez judicial dos atos e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores” (FERRAJOLI, 2006, p.790).

Portanto, o Estado de direito pressupõe respeito aos direitos fundamentais. As normas terão validade nessa forma de Estado apenas se estiverem em conformidade com uma Constituição que vise a garantir direitos individuais, não sendo suficiente para o juízo de validade a mera verificação de conformidade formal com o ordenamento jurídico. Ou seja, o Estado de direito visa apenas à satisfação dos direitos fundamentais.

1.2 Poder punitivo e processo de criminalização e definição do problema de pesquisa

Os estados autoritários e totalitários têm como pressuposto uma ideia finalista e utilitarista de que o poder é bom. O Estado de direito apenas se concretiza dentro de uma concepção pessimista em relação ao poder, pois esse, se ilimitado, tenderá ao despotismo. Todo e qualquer poder, inclusive o poder do povo, deve ser sempre limitado. Assim, existe uma relação íntima entre o poder de punir e o Estado de direito, pois esse só existirá onde aquele for limitado e submetido a um respeito irrestrito de garantias fundamentais.

O poder punitivo passa a ser compreendido de maneira mais ampla a partir do desenvolvimento do paradigma da criminologia da reação social. Esse modelo de pensamento criminológico surge a partir do modelo sociológico do conflito social, que representou um rompimento com o paradigma etiológico-determinista e a superação de um paradigma estático e monista de análise social. A sociedade deixa de ser encarada

como um sistema pacífico, sem conflitos internos, e passa a ser percebida a partir do interacionismo simbólico e de referências que apontam para o pluralismo cultural e para as diferentes relações conflitivas existentes em uma sociedade. A partir desse momento histórico, o pensamento criminológico não mais tem como objeto o “crime” ou o “criminoso”, e passa a ter uma base de reflexão voltada para o sistema de controle social (SHECAIRA, 2014). Ou seja, a criminologia deixa de ser uma ciência que procura entender as causas da criminalidade, e passa a ser uma forma de saber que investiga as condições da criminalização (ANDRADE, 2003).

Nesse contexto de desenvolvimento intelectual, surge nos Estados Unidos, no início da segunda metade do século XX, a teoria do *labelling approach*, formulada por autores como Howard Becker, que na obra *Outsiders* (1963) apresenta a tese de que os grupos sociais criam o “desvio”. Isso é, não há o “crime” em sentido ontológico, o que existem são indivíduos cujas condutas são consideradas transgressoras da normalidade por determinados grupos sociais. Becker então se dedica ao estudo dos processos pelos quais determinados indivíduos são considerados marginais, e a eles são atribuídos o rótulo de criminosos, daí o “*labelling*” (etiquetamento, em tradução livre). Assim, a ideia nuclear da teoria do *labelling approach*, é a de que a conduta desviante é uma construção social fruto de complexas interações sociais. A própria sociedade não é vista como uma realidade possível de ser conhecida objetivamente, mas também uma construção social (ANDRADE, 2003). No entanto, o simples fato de uma conduta ser tida como desviante não é suficiente para que ela seja tida como “criminoso”, isso só ocorrerá a depender a reação social a tal conduta.

A partir das contribuições do paradigma da reação social, surge a Criminologia Crítica, de base materialista marxista, cuja proposta é investigar as estruturas macrossociológicas do poder punitivo. A punição de determinadas condutas e indivíduos deixa de ser analisada apenas através de um viés sociológico de bases liberais desenvolvido até então, mas também através das relações de poder dentro da

estrutura social e das relações materiais de produção (ANDRADE, 2003). O foco dos estudos criminológicos passa a ser o sistema penal, isso é, o aparato punitivo. Assim como o paradigma da reação social, a Criminologia Crítica nega a ideia de crime no sentido ontológico, e a partir do raciocínio de que as concepções a respeito de condutas criminosas são construções sociais condicionadas pelas bases estruturais, econômicas e sociais, investiga a criminalidade não a partir do indivíduo “criminoso”, mas a partir do processo de atribuição de tal status a determinados indivíduos, isso é, o processo de criminalização.

Na perspectiva da Criminologia Crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. (BARATTA, 2002, p.161)

O processo de criminalização se desenvolve em duas etapas: a criminalização primária e a secundária. Zaffaroni define a criminalização primária como “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONI, 2011, p.43). Trata-se no ordenamento jurídico brasileiro do processo legislativo responsável por editar as leis penais.

O processo de criminalização secundária corresponde ao processo de seleção daqueles que serão criminalizados e das vítimas potenciais que serão protegidas. Tal processo é realizado por agências diferentes daquelas que participam do processo primário, sendo representadas por policiais, promotores, advogados, juízes e agentes penitenciários (ZAFFARONI, 2011, p.43).

A seletividade penal está presente nas duas etapas de criminalização. Na criminalização primária (Direito Penal abstrato)² ocorre a definição de quais condutas abstratamente serão consideradas criminosas, e abstratamente a tais condutas é definida uma gravidade com base no *quantum* possível de pena a eventualmente ser aplicada.

A criminologia marxista de Baratta entende que a criminalização primária é um reflexo da função do sistema penal: reprodução das relações sociais e manutenção da estrutura vertical da sociedade, o que por sua vez se reflete na criminalização primária através dos conteúdos e dos “não-conteúdos”, isso é, o sistema de valores de tal processo reflete os ideais da cultura burguesa-individualista, de modo que há ênfase na proteção ao patrimônio privado e orientação no sentido de atingir grupos socialmente marginalizados. (BARATTA, 2002, p.175/176)

A criminalização primária é um programa imenso de extensão impossível de ser calculada, de modo que todos os conflitos criminalizados que se concretizam jamais poderão ser selecionados pelas agências do processo de criminalização secundária em toda sua extensão. Assim, o processo de criminalização secundária sempre será seletivo, pois é inviável que as agências responsáveis por identificar todos os indivíduos que pratiquem as condutas definidas como desviantes, atinjam efetivamente tal objetivo.

Por estarem condicionadas a essa capacidade operacional, as agências secundárias ~~então~~ agem de modo seletivo, e identificam apenas aqueles indivíduos que de algum modo se tornaram vulneráveis ao sistema penal, ora entendido como “grupo de instituições que, segundo as regras jurídicas pertinentes, se incumbe de realizar o Direito Penal”. (BATISTA, 2011, p.25).

² Expressão utilizada por Baratta (2002)

Zaffaroni identifica três categorias utilizadas pelo poder punitivo no processo de criminalização secundária:

a) pessoas que, em regra, se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (criminalização conforme o estereótipo); b) com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, roubos neuróticos etc.) (criminalização por comportamento grotesco ou trágico); c) alguém que, de modo muito excepcional, ao encontrar-se em uma posição que o tornara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade (criminalização devido à falta de cobertura)” (ZAFFARONI, 2011, p.49)

O sistema penal então opera como um filtro, que seleciona um indivíduo de acordo com a situação de vulnerabilidade desse. Determinados indivíduos precisam de mais esforço para serem identificados pelo sistema penal que outros. Assim, de modo abstrato, um indivíduo que pratique um furto em supermercado e cujas características pessoais o enquadrem em estereotípias associadas às práticas de crimes, estará muito mais vulnerável ao sistema penal que um indivíduo politicamente poderoso que pratique um crime complexo como os chamados crimes financeiros.

A seletividade do sistema penal não opera de modo harmônico como se existisse algo que mantenha o sistema em sintonia. As diferentes agências do processo de criminalização secundária têm seus próprios interesses, discursos, e modo de agir, e há muito mais relação de antagonismos do que relações de operação entre elas.

Como adverte Zaffaroni sobre a noção de que há algo que maneja todo o sistema penal

esta concepção conspiratória é falaciosa e tranquilizadora, porque identifica sempre um falso inimigo e desemboca na criação de um novo bode expiatório (classe, setor hegemônico, partido oficial, grupo econômico, quando não grupos religiosos ou étnicos). Identificar um falso inimigo é sempre útil para atenuar a ansiedade provocada pela complexidade fenomênica e desviar do

caminho certo os esforços para remediar os males. Isto não significa que o funcionamento seletivo do sistema penal não sirva para uma desigual distribuição do poder punitivo que beneficia determinados setores sociais, que deles se aproveitam e em razão disso resistem a qualquer mudança, mas *não é a mesma coisa dizer que um aparato de poder beneficia alguns e pretender por tal razão que estes o organizem e o manejem. Tal erro leva-nos a concluir que, suprimindo os beneficiários, o aparato se desmonta, o que a história demonstra ser absolutamente falso: o poder punitivo continua funcionando do mesmo modo e, às vezes, mais violento e seletivamente ainda,* (ZAFFARONI, 2011, p.48)

Essa incapacidade operacional das agências da criminalização secundária faz com que a maioria das condutas criminalizadas praticadas pela população se percam em uma “cifra oculta”. A criminalidade legal é uma criminalidade aparente, por representar apenas as condutas que são conhecidas pelo sistema penal. As estatísticas criminais representam apenas as condutas praticadas por indivíduos vulneráveis ao sistema penal. Indivíduos de estratos sociais periféricos da sociedade não são mais propensos a praticarem crimes, mas são mais propensos a serem “capturados” pelo sistema punitivo no processo de criminalização secundária (ANDRADE, 2003).

Esse recorte quantitativo de seletividade penal é acompanhado por uma seletividade qualitativa. O processo de criminalização secundária ocorre em um processo de afunilamento seletivo. Num primeiro momento, a incapacidade operacional das agências judiciárias faz com que apenas aqueles indivíduos vulneráveis tenham suas condutas desviantes percebidas pelo sistema punitivo. Uma vez inseridos no sistema, há uma seletividade qualitativa, resultado de uma ampla discricionariedade dos agentes de controle (ANDRADE, 2003). Tanto um sujeito poderoso praticante de crimes contra o sistema financeiro, como um que pratique “obras ilícitas toscas”, só serão inseridos no sistema penal ao se tornarem vulneráveis. Mas a partir daí a seletividade continuará se operando ao longo de todo o processo punitivo. Existem diferentes fatores que influenciam e determinam o modo de agir das agências de criminalização secundária.

Para o presente trabalho interessa principalmente as agências judiciais, que agem de maneira limitada na criminalização secundária, cujo protagonismo é das agências policiais. Assim, as agências judiciais só analisam casos nos quais as demais agências selecionaram indivíduos em situação de vulnerabilidade. Isso não significa que as agências judiciais possuem pouca relevância. Pelo contrário, é a existência de um ato decisório de tais agências que impossibilita que as demais agências do sistema penal se expandam de modo ilimitado, o que “arrasaria todo o estado de direito” (ZAFFARONI, 2011, p.). Essa contenção do poder punitivo para que seja compatível com o Estado de direito, deve estar orientada no sentido de garantir direitos fundamentais. No entanto, tais agências estando inseridas no sistema punitivo, também operam de maneira seletiva ao longo do processo penal. Os magistrados e magistradas, principais atores das agências judiciárias, são influenciados em seus atos decisórios pelos *second codes*, concepções subjetivas a respeito de um indivíduo e expectativas de comportamento conforme o ordenamento posto, com base em preconceções definidas por papéis sociais e estereótipos.

1.3 O Direito Penal do autor e o Estado de direito

O Direito Penal do autor, na forma como utilizaremos ao longo do trabalho, corresponde a uma violação do princípio da legalidade estrita, uma das bases do Estado de Direito (FERRAJOLI, 2006, p. 33). A legalidade estrita pressupõe que não haverá nenhuma norma penal arbitrária e discriminatória, e que não sejam referidas a fatos, mas sim diretamente a indivíduos, ou seja que regulamentam não aquilo que é punível, mas quem é punível, como ocorreram em ordenamentos passados que perseguiram as bruxas, os hereges, judeus e os inimigos do povo, e ocorre atualmente com outras formas de “inimigos”, como o sujeito periculoso e o terrorista. Para Ferrajoli, o princípio da estrita legalidade

não admite normas que criam ou constituem ipso jure as situações de desvio sem nada prescrever, mas somente regras de comportamento que estabelecem uma proibição, quer dizer uma modalidade deôntica, cujo conteúdo não pode ser mais do que uma ação, e a respeito da qual seja aleticamente possível tanto a omissão quanto a comissão, uma exigível e a outra obtida sem coação e, portanto, imputável à culpa ou responsabilidade de seu autor. (FERRAJOLI, 2006, p.39)

No entanto, o Estado de direito não pressupõe apenas uma legalidade formal. Sistemas punitivos autoritários podem existir mesmo amparados por uma aparente legalidade. Para o presente trabalho interessa aquilo que Ferrajoli chama de sistemas subjetivistas (2006, p.97), privados da garantia da materialidade da ação e da lesividade do fato. Em tais sistemas, as figuras delitivas e a separação entre direito e moral carecem de evidências empíricas, e são construídas de maneira predominante com referências à subjetividade desviada do réu. Os sistemas e normas sem ação reprimem não apenas determinadas ações, mas também uma atitude subjetiva de imoralidade, de periculosidade ou de hostilidade ao ordenamento, enquanto sistemas e normas sem ofensa, prescindem de qualquer lesividade a um bem jurídico concreto, punindo puramente o desvalor social ou político da ação.

Nos dois casos, o poder punitivo ao não estar embasado na comprovação empírica de ações criminosas e/ou fatos efetivamente lesivos, compromete a legalidade estrita, e, portanto, o Estado de direito, por possibilitar a subjetivação das hipóteses normativas de delito, amparada em critérios discricionários de valoração da anormalidade ou periculosidade do réu (FERRAJOLI, 2006, p.98), provocando a dissolução de garantias processuais.

O Direito Penal do autor, seria a manifestação máxima desses sistemas, que criminaliza imediatamente a interioridade e identidade subjetiva do indivíduo, e por isso tem um caráter antiliberal e explicitamente discriminatório.

Normas penais raciais seriam apenas o caso limite desse tipo de sistema punitivo, mas esse mesmo esquema pode ser encontrado em outros sistemas punitivos, como na perseguição às bruxas e aos hereges no período da inquisição católica, no tipo normativo do autor do Direito Penal da Alemanha Nacional-socialista, no “inimigo do povo” no stalinismo, no delinquente do positivismo biológico de Lombroso e no delinquente da Ciência Penal Total de von Liszt (MARTIN, 2007) (ZAFFARONI, 2011)

Essa tendência subjetivista do Direito Penal, em desconformidade com os pressupostos de garantias individuais do Estado de direito, hodiernamente não mais trata de determinadas categorias de pessoas como desviadas, como bruxas, hereges e judeus, mas a normas que constituem tipos que constituem condições pessoas, como os da reincidência e da periculosidade.

Hodiernamente a figura mais relevante dessas formas punitivas autoritárias é a “periculosidade social” (FERRAJOLI, 2006, p.466) e assim como a reincidência, é mais uma forma de ser do que de agir. Assim, essas duas categorias podem ser entendidas como manifestações do Direito Penal do autor, que seria, portanto, uma contraposição direta ao princípio liberal do Direito Penal do fato, que pressupõe que não devem ser penalizados os pensamentos e atitudes internas do autor. (MELIÁ, 2015, p.108)

Considerando os modos de funcionamento do controle penal moderno e a incompatibilidade do Direito Penal do autor com o modelo normativo do Estado de direito e de garantias individuais, pretendemos investigar, de que modo se dá realização (ou não) de garantias individuais no discurso Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO 2

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO FORMA DE CONTROLE DO PODER PUNITIVO

2.1 - O princípio da insignificância na jurisprudência do STF

Iremos aqui apresentar em linhas gerais o debate no STF sobre a interpretação do princípio da insignificância, no qual se encontram disputas em torno do uso de elementos de Direito Penal do autor, como a reincidência e a periculosidade social. A presença desses elementos nos levaram a definir decisões relativas ao princípio da insignificância para analisar o modo como o STF realiza (ou não) as garantias individuais.

A primeira decisão a reconhecer o princípio da insignificância data de 1988³, no HC 66.869-1/PR. A segunda decisão data de 1993, no HC 70.747-5/RS (CINTRA, 2011), apenas a partir do julgado do HC 84.412/SP que o princípio passou a ser realidade naquele Tribunal (NASSAR, 2015). Esse último julgado costuma ser mencionado como o definidor de parâmetros objetivos para a aplicação do princípio: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

³ Decisões anteriores, como o RE 23.963 de 1954, relatoria de Nelson Hungria, o STF já utilizavam a ideia de insignificância, ainda que com outro nome. O caso refere-se à apropriação indébita de restos de pelos de bois. (HOGA, 2008)

No entanto, a questão sobre os critérios definidos pelo Supremo não é pacífica. Pelo contrário, o STF adota diferentes critérios que vão desde critérios vagos como “avaliação de todos os aspectos relevantes da conduta imputada”⁴ até critérios estritamente objetivos, como o patamar de R\$ 10.000 (dez mil reais) estabelecido no art.20 da Lei n.10.522/2002 nos casos de crime de descaminho⁵.

Os tais vetores presentes na ementa do HC 84.412/SP nem sempre são utilizados nas decisões sobre o princípio, e muitas vezes quando o são, levam a resultados distintos, ainda que a discussão central do caso seja semelhante (como por exemplo a compatibilidade (ou não) entre o princípio da insignificância e a reincidência)⁶.

A ausência de jurisprudência sólida, embora esteja dentro de um contexto e práticas jurídicas casuísticas que dificultam a efetivação de garantias fundamentais, por si só não viola o Estado de direito. No entanto, indícios de tal violação começa a surgir quando identificamos a existência de posicionamento no STF, no sentido de afastar a insignificância com base na reincidência do agente. Sobre reincidência e insignificância no STF, Andréa Ávila Ramalho (2013), ao analisar a fundamentação de decisões do STF que negaram aplicação do princípio devido a reincidência, conclui que aquela Corte não conseguiu elaborar uma justificativa capaz de explicar como circunstâncias de ordem subjetiva relacionadas a conduta social do agente são capazes

⁴ HC 120438

⁵ HC 113483

⁶ Hoga (2008), apresenta uma análise de todas as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do princípio da insignificância até data incerta do ano de 2008. A pesquisa, demonstra que, dos 25 acórdãos proferidos pelo STF após o paradigmático HC 84.412/2004, apenas 9 utilizaram os “vetores” supostamente estabelecidos. As 9 decisões foram favoráveis ao réu. Por outro lado, 11 decisões lançaram mão de argumentos de política criminal, das quais 9 foram favoráveis ao réu. 11 decisões não utilizaram nem os “vetores”, nem argumentos de política criminal. Nesse âmbito, apenas 2 decisões foram favoráveis ao réu. Uma análise preliminar de tais resultados nos leva a conclusão de que, ao menos até a realização da pesquisa, o STF não utilizava de maneira ampla os ditos critérios supostamente estabelecidos no HC 84.412 para reconhecimento do princípio.

de afastar um elemento fundamentalmente objetivo, qual seja, o grau de reprovação da conduta praticada. Conforme demonstra o estudo, já é possível encontrar decisões do STF a respeito da problemática que se justificam na suposta jurisprudência consolidada daquele Tribunal⁷.

2.2 – Bases teóricas do princípio da insignificância

Embora exista uma harmonia em identificar o princípio da insignificância como um dos limitadores do poder punitivo do Estado, a delimitação e os desdobramentos de tal conceito ocorre de maneira superficial em boa parte da doutrina. Luiz Régis Prado entende que o princípio da insignificância por ser de grande amplitude e fluidez, provoca insegurança jurídica, e que a questão da afetação insignificante do bem jurídico é melhor resolvida com o uso do princípio da lesividade (2014, p.106). No entanto, o princípio da insignificância é um mero desdobramento do princípio da lesividade (ZAFFARONI, 2011). Ocorre que parte da doutrina desenvolve de maneira pobre o princípio da insignificância, com postulações genéricas; ausência de explicação sobre a relação de tal princípio com os postulados do Estado de direito; ausência da apresentação de tal princípio em um rol de outros princípios correlacionados, como o da lesividade e da intervenção mínima, sem qualquer tentativa de relacionar tais princípios a contento, ou de relacionar o princípio da insignificância com a chamada teoria do delito (NUCCI, 2010; JESUS, 2001; BITENCOURT, 2010); ou explicação de tais princípios com base em orientação jurisprudencial (PRADO, 2014).

Zaffaroni, Alagia, Batista e Slokar são os autores que melhor desenvolvem o princípio da insignificância⁸, ao o relacionarem com outros princípios, como o da

⁷ HC 119.778/MG.

⁸ As teorias de Zaffaroni aqui apresentada faz parte de sua obra **Derecho Penal: parte general**, publicada pela primeira vez na Argentina no ano de 2000 na qual ele se afasta de vários pressupostos teóricos estabelecidos em sua obra mais antiga, **Manual de Derecho Penal**, que data de 1977. A primeira está disponível no Brasil como **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito**,

lesividade, que por sua vez está associado à própria ideia de necessidade de limitação do poder punitivo em um Estado de direito. Os autores propõem três classes de princípios limitadores do poder de punir (2011, p.201): a) os derivados do princípio da legalidade; b) os que excluem toda pretensão punitiva que incorra em grosseira incompatibilidade com os Direitos Humanos; c) os que limitam a criminalização, derivando-se diretamente dos princípios republicanos e do Estado de direito. Na segunda classe (b) se encontra o princípio da lesividade, segundo o qual “nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”⁹.

O princípio da lesividade e da insignificância só podem ser entendidos a partir do desenvolvimento da ideia de bem jurídico. Tavares assim define o bem jurídico:

“Bem jurídico é um próprio elemento da condição do sujeito e de sua projeção social e nesse sentido pode ser entendido, assim, como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de referência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Por objeto de referência real se deve entender aqui o pressuposto de lesão ou perigo de lesão, pelo qual se orienta a formulação do injusto. Não há injusto sem a demonstração efetiva de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico. (TAVAREZ, 2000, p.179)

Essa conceituação proposta por Tavares é delimitadora, e se contrapõe às conceituações legitimadoras, que a partir de associações do bem jurídico a um sistema de valores, criam a concepção de bem jurídico tutelado, ou protegido pela norma penal (ZAFFARONI, 2010, p.216). Na concepção delimitadora, o bem jurídico é o elemento central da norma penal, não como forma de legitimar a punição, mas como forma de proteção à pessoa humana. Isso é, o bem jurídico não protege ele próprio, mas sim o

publicado pela editora Revan, enquanto a segunda como **Manual de Direito Penal**, publicado pela Revista dos Tribunais.

⁹ ZAFFARONI, 2011, p.226

indivíduo contra o poder exacerbado do Estado (TAVAREZ, 2000, p.180/181). O bem jurídico também não deve ser entendido como um fim em si mesmo, como se fosse o objeto da ação, pois o bem jurídico só adquire significação se atrelado às relações individuais e sociais. Não há bem jurídico sem pessoa humana. Essa vinculação do bem jurídico com a origem e com a finalidade pessoal garantem ao indivíduo

“que sua liberdade não será molestada por mera adoção de políticas públicas, no âmbito administrativo, econômico ou social ou finalidades eleitoreiras. Será preciso demonstrar, para tornar válida a eleição desta categoria de bem jurídico, que sua lesão signifique um dado igualmente à pessoa e às suas condições sociais” (TAVAREZ, 2000, p.182)

Assim, o bem jurídico surge como instrumento de contenção ao julgador, de modo que a punição ao indivíduo só será possível se verificada lesão ou risco de lesão concreta ao bem jurídico, isso é, se verificada a lesividade da conduta, o que deve levar em conta de que modo a ação humana praticada efetivamente provocou dano à outras pessoas ou às suas condições sociais.

Ao desenvolver uma teoria do delito na qual o bem jurídico surge como delimitador do poder punitivo, Zaffaroni reconhece as contribuições do funcionalismo alemão e das teorias da imputação objetiva de Roxin e Jakobs (2011, p.226). Mas, enquanto na visão de Zaffaroni tais autores desenvolvem teorias em pressupostos sistêmicos nos quais o poder punitivo é funcional para a preservação da sociedade, ele propõe uma estruturação conceitual que seja funcional para a redução do poder punitivo. Daí a ideia de um funcionalismo redutor, que irá nortear toda a construção da teoria do delito proposta por Zaffaroni. Dentro desse contexto, que surge a ideia de tipicidade conglobante localizada no tipo objetivo, e cuja função redutora ocorre na medida que se constata a existência de dois elementos: conflitividade e dominabilidade, isso é, torna-se necessária a constatação da existência de uma lesividade ao bem jurídico objetivamente imputável ao agente (2011, p.212). Daí que surge a ideia de insignificância, segundo a qual a afetação insignificante do bem jurídico não provoca

uma lesividade relevante para os fins da tipicidade objetiva (2012, p.494). Portanto, o princípio da insignificância é um juízo de adequação entre a tipicidade objetiva e o princípio da lesividade, inerente ao Estado de direito.

2.3 Contribuições da retórica na análise do discurso jurídico

Definido o princípio da insignificância como tema geral para investigar como se dá a realização de garantias individuais em decisões do STF, realizamos uma pesquisa empírica com reflexão teórica. O método utilizado será o estudo de decisões de referência (*leading case*). Para Ana Lucia Sabadell, nesse tipo de estudo:

o pesquisador estuda detalhadamente um caso individual, que apresenta um interesse particular, seja porque é considerado exemplar (isto é, representativo de muitos outros casos parecidos) ou porque é considerado extremo (isto é, indicativo de uma situação ‘limite’) (SABADELL, 2010, p.206)

Para o estudo detalhado do caso individual, utilizamos uma aproximação com Retórica. Na concepção de João Maurício Adeodato (2010), a Retórica é uma forma de filosofia que nega a noção de verdade como algo possível de ser alcançado, por entender as concepções de conceitos como “verdade” e “realidade” são construídas linguisticamente. Assim, toda forma de conhecimento, até mesmo as ciências com pretensões cartesianas, são formas de narrativas humanas.

Com o surgimento da racionalidade cartesiana durante a modernidade, se acentuou a percepção platônica de que a Retórica é uma mera forma de ornamentação, pouco preocupada com o conteúdo em detrimento do convencimento do interlocutor. Para a racionalidade cartesiana há apenas a busca pela certeza e por verdades absolutas, alcançadas através de critérios lógico formalistas. Durante o século XX, período histórico marcado por duas grandes guerras mundiais, entrou em crise o ideal moderno de racionalidade cartesiana, assentado na ideia de certeza e verdade absoluta. A ideia de

previsibilidade e regularidade nas relações sociais mostrou-se limitada. Surge então durante o século XX novas ideias a respeito da racionalidade,

vê-se, assim, na década de 50, o nascimento da nova Retórica, sob o nome de Teoria da Argumentação e tendo Theodor Viehweg, Chaïm Perelman e Stephen Toulmin como seus principais fundadores. Buscando, então, alargar os limites dessa razão cartesiana, todos vão retomar a ideia aristotélica de uma razão prática.
(BEDA, 2015, p.50)

Essa nova retórica, em contraposição à racionalidade cartesiana de caráter contemplativo, resgata a razão prática aristotélica, relacionada a um agir humano sobre o mundo. Esse “agir” ocorre através da linguagem. Assim, a racionalidade daí surgida é uma racionalidade discursiva, na qual a verdade não passa de uma construção linguística.

Dessa forma, a verdade ou as verdades nada mais são que frutos da construção humana, do agir humano sobre o mundo, sobre a realidade, que só são possíveis através da linguagem. A construção dessas realidades, dessas verdades, no entanto, nunca será uma tarefa meramente individual, em que cada um constrói a sua verdade particular. Ao contrário, tal construção será sempre dialógica, intersubjetiva, dependente de valores comuns compartilhados por uma determinada comunidade. (BEDA, 2015, p.52)

O Direito, enquanto produto humano, também é uma construção linguística, é um fenômeno social, e não uma realidade externa aos indivíduos. Direito é prática social, realizada através dos discursos jurídicos. Essa forma de pensar retoricamente o Direito é desenvolvida por Sobotá (1992). A autora rejeita a definição do Direito a partir de abstrações conceituais, e propõe uma definição a partir de metáforas. O Direito é concebido como uma teia de aranha, sustentada pelos próprios participantes do discurso jurídico. Assim como a aranha deve estar constantemente tecendo os fios que sustentam a teia, o Direito necessita de uma constante construção dos discursos jurídicos. (SOBOTÁ, 1992, p.2)

Essa concepção possibilita que o Direito seja percebido como um processo linguístico, fruto de interações sociais, que está em constante construção, um processo no qual os indivíduos estão inseridos, não sendo algo externo a eles. Assim, o Direito deve ser entendido como uma construção humana:

O ponto de partida da aplicação da Retórica ao Direito consiste em pensá-lo como artefato humano e, como tal, inserido na História. Esta, por sua vez, é concebida como um lugar de disputas e conflitos pelo poder de significar o tempo, de produzir realidades, cujo intuito estratégico é o de influir nas disputas pela realidade presente e futura. (REIS, 2014, P.6)

O Direito é tido como uma prática social que se realiza através do discurso linguístico, cuja racionalidade não é obtida através de conceitos ontológicos de “verdade”, “justiça” ou “certeza”, mas através de uma racionalidade discursiva, pois a linguagem é o único meio de conferir racionalidade à ação humana, eis que o único acordo possível aos seres humanos. Desse modo, a retórica permite uma análise crítica do Direito por negar noções de completude, certeza e objetividade (BEDA, 2015).

Sem nos ocuparmos com os desdobramentos da retórica por ora¹⁰, no presente trabalho iremos nos ater à retórica analítica, ou retórica como instrumento de análise do discurso¹¹. A pesquisa é uma construção humana, e representa uma realidade construída a partir de processos comunicativos. Não há pesquisa que possa chegar a uma “verdade” em sentido ontológico, pois a realidade ali presente será uma construção comunicativa, na qual há uma participação efetiva do pesquisador. Mesmo as ciências exatas, com pretensão de universalidade e de bases ontológicas, são na realidade construções comunicativas, nas quais há uma tentativa dos seres sociais de explicarem o

¹⁰ A produção de João Maurício Adeodato oferece uma melhor compreensão sobre o tema. “Ética e Retórica - Para Uma Teoria da Dogmática Jurídica” e “A Retórica Constitucional, sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito”.

¹¹ Em harmonia com as ideias presentes em BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão, in: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som – um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2005

mundo natural. Analisar o direito retoricamente permite compreender como ocorre a construção do discurso jurídico, que deve ser compreendido não como verdade absoluta e externa ao fenômeno social, mas como fruto desse. O direito não é uma verdade, é fruto das interações linguísticas em um campo específico, que é o campo da racionalidade discursiva do direito. A Retórica então se aproxima do interacionismo simbólico, uma das bases da criminologia da reação social e da Criminologia Crítica.

A Retórica enquanto instrumento de análise do discurso nega os ideais do real e do verdadeiro em sentido ontológico, e reconhece a influência do pesquisador na construção do processo de conhecimento, em detrimento de uma neutralidade idealizada. Por essa concepção, a retórica surge como um método de análise de discurso no qual as três dimensões da retórica clássica de Aristóteles (*ethos*, *pathos* e *logos*) são utilizados para compreender, classificar e criticar a linguagem textual analisada. Na concepção aristotélica de Retórica, três expressões são utilizadas para definir os meios de persuasão da comunicação. O *ethos* é a espécie que depende do caráter pessoal do orador; o *pathos*, de provocar determinado estado de espírito no auditório; o *logos* depende da persuasão do discurso propriamente dito. (ADEODATO, 2013)

Uma primeira questão a ser resolvida na pesquisa qualitativa de decisões judiciais é a própria seleção dos textos a serem analisados (ADEODATO, 2013), ou seja, de definição do *corpus* empírico. Como na presente pesquisa uma única decisão será utilizada para cada discurso, uma para o discurso sobre a reincidência e outra para o discurso da insignificância, o caso analisado deve fornecer um material de análise convincente, o que envolve não apenas diferentes questões sobre o tema sendo discutidas nos votos, mas também que, de decisões do Colegiado do Supremo, diferentes Ministros tenham proferidos votos minimamente longos para serem objetos de análise. Decisões nas quais o voto do relator tenha apenas sido acompanhado de elogios ao voto condutor sem maiores fundamentações podem não ser o melhor objeto para análise.

O julgado do HC 84.412/SP foi o primeiro no qual o STF enfrentou a questão da insignificância com base nos pressupostos teóricos do princípio, bem como é o julgado no qual supostamente surgiram os 4 vetores. Ainda assim entendemos não ser tal julgado o ideal para ser objeto de análise como *leading case*, pois foi a primeira vez que o princípio foi aplicado no Tribunal, e a construção de um discurso jurisprudencial é constante, de modo que é mais proveitoso a análise de um julgado no qual se discutam questões e problematizações às quais não estavam em pauta na data do julgado do HC 84.412, como a aplicação do princípio em caso de reincidentes ou presença de qualificadoras da conduta. Além disso, como ressaltamos na introdução do presente trabalho, a análise do inteiro teor do julgado nos permite perceber que na realidade os ditos vetores eram mera descrição das bases doutrinárias do princípio. Desse modo, fica aberto um campo de estudo a ser explorado, ainda que não nesse trabalho, sobre como, de maneira quase que unânime, jurisprudência e estudos acadêmicos passaram a entender determinado trecho da ementa do HC 84.412 como “vetores definidos pelo STF”.

Assim, para a presente pesquisa selecionamos o julgado do HC 123.108 para análise do discurso sobre o princípio da insignificância. Na ocasião o STF discutiu a possibilidade de uniformização do entendimento daquele Tribunal sobre critérios para a aplicação do princípio da insignificância, particularmente em casos de reincidência delitiva. Entendemos ser essa a decisão ideal para ser utilizada como “*leading case*”, pois além do teor do voto do relator Ministro Roberto Barroso que propôs uma leitura crítica de como o princípio é aplicado pela Corte, os demais Ministros se manifestaram em votos extensos sobre o princípio de modo amplo, não apenas mencionando questões processuais ou acompanhando o voto do relator ou da divergência sem maiores fundamentações, de modo que assim nos oferece um rico meio para a pesquisa empírica. Além disso, essa decisão enfrenta a questão estruturante do princípio da insignificância

ao relacioná-la ao uso da reincidência como elemento capaz (ou não) de obstar a aplicação do princípio.

A segunda questão a ser resolvida diz respeito aos critérios e conceitos de análise escolhidos pelo autor da pesquisa. “Se os conceitos e critérios do analista são amplos demais – ampliar é a tendência para poder atingir unidade e coerência – ficam vagos; se são específicos demais tendem a valer apenas para determinados casos tratados pela dogmática” (ADEODATO, 2013, p.22). Para resolver tal questão, a retórica analítica reconhece a interferência do pesquisador sobre o objeto, a despeito da busca por neutralidade descritiva (ADEODATO, 2013, p.22), além disso não existem regras rígidas, de modo que há a possibilidade de que o pesquisador crie parâmetros para a exploração do discurso a ser analisado (REIS, 2014).

Para a pesquisa empírica iremos desconsiderar a dimensão do *ethos*. Não se nega que o emissor faz parte da própria ideia de persuasão do discurso jurídico. O *ethos* sempre estará presente em qualquer argumentação jurídica. Uma ousada tese jurídica produzirá efeitos distintos no auditório, a depender de quem a emite, se um Juiz ou Juíza de primeiro grau, Ministro de tribunal superior do Ministério Público, advogado famoso ou em início de carreira. No entanto, no ramo jurídico essa forma de argumentação é sutil, de modo que o próprio cargo ou título¹² confere ao emissor certa credibilidade. Ocorre que, além do cargo, o emissor do discurso jurídico procura se auto legitimar a através do discurso. Seja através do despertar das emoções do ouvinte (*pathos*), ou através da demonstração da verdade apropriada ao caso concreto.

Para investigar quais os fundamentos foram mobilizados nos julgados a serem analisados, criamos indicadores com base nas análises que serão apresentadas no próximo item.

¹²Um exemplo de *ethos* são as indicações, quase sempre no início de cada livro, dos títulos acadêmicos e carreira profissional dos autores.

2.4 Definição dos indicadores da análise retórica

Assim, para analisar quais os fundamentos foram mobilizados nos julgados a serem analisados, criamos os indicadores a seguir.

O indicador *pathos* (P) será representado aqui pelo argumento que tenta provocar determinado estado de espírito no auditório. O emissor tenta convencer o auditório de que o prevalecimento de teses contrárias levará a consequências nefastas com referências à sensação de insegurança quanto à criminalidade, ao medo, às expectativas de punição/impunidade, à periculosidade do autor ou aos efeitos concretos do sistema carcerário no indivíduo. O indicador P será subdividido da seguinte forma:

P1: insegurança pública

P2: periculosidade

P3: expectativa de punição/defesa social

P4: preocupação com a vítima

P5: preocupação com o sistema carcerário.

O indicador P1 representa o argumento no qual o voto demonstra que as consequências do resultado do julgamento extrapolam as partes do caso analisado, o que poderia se tornar um problema de segurança pública. O resultado favorável ao acusado é tratado como causador de medo e insegurança. O indicador P2 define o argumento no qual o indivíduo é tratado como perigoso, ou quando há referência direta à aspectos e motivações subjetivas, e se diferencia do indicador P1, pois nesse importa menos as características individuais do agente, e mais as expectativas sociais em torno dele. Mas em ambos o efeito é a sensação de insegurança gerada na população, seja pelo aumento dos problemas de segurança pública seja por manter livre um sujeito considerado perigoso. O indicador P3 representa argumentos nos quais o voto demonstra que há necessidade de punição, pois a não punição leva a um descrédito nas instituições

estatais. O indicador P4 procura identificar momentos nos quais o voto demonstra preocupação com as vítimas, de modo que há uma tentativa de humanização do poder punitivo através da figura da vítima, representada abstratamente como aquela que não pode ser deixada a própria sorte diante de indivíduos perigosos e da criminalidade. O indicador P5 surge para identificar momentos nos quais os ministros e as ministras procuram conscientizar os pares dos efeitos da execução da pena concreta no indivíduo. Há aqui uma tentativa de humanizar o indivíduo e demonstrar que o eventual contato com o sistema carcerário terá efeitos devastadores na vida sentenciado.

O *logos* será representado por argumentos nos quais o discurso procura demonstrar a verdade, de modo que há enfoque no caráter objetivo e sistemático das ideias, como se elas independessem do orador. Quando um argumento de *logos* é utilizado, há pretensão de conferir racionalidade ao discurso, como o conteúdo desse fosse uma “verdade” em sentido ontológico. Será representada pelos indicadores listados adiante:

L1 - citação à jurisprudência do próprio STF.

L2- referência às bases teóricas do princípio da insignificância e da reincidência.

L3- referências a princípios abstratos e direitos vagos (como direito à segurança pública).

L4- referências às funções declaradas do Direito Penal.

L5- referências aos dados empíricos.

L6- funcionamento empírico do sistema penal e funções reais da pena.

L7- referências à legislação penal

L8- referências à Constituição.

L9- invocação à separação dos poderes.

Iremos nos deter brevemente à explicação desses indicadores. Os indicadores L1 e L2 correspondem às referências nas quais o voto do emissor procura

legitimar determinado argumento com base na doutrina, em decisões do próprio STF ou em teorias jurídicas sobre a reincidência ou a insignificância. Aqui serão consideradas não apenas citações diretas a uma determinada obra jurídica ou um jugado específico, mas também citações indiretas ou genéricas.

Nesse sentido temos como exemplos:

O reconhecimento da insignificância infirma a tipicidade material da conduta e os precedentes dessa Corte que assentam não ser reconhecível a insignificância quando o acusado é reincidente, como decorrência lógica, afastam a alegação de atipicidade e não o contrário. Resta, então, perquirir sobre se a reiteração da conduta. (Ministro Fachin, p.91)

Então, esses argumentos, vamos dizer assim, legais, no meu modo de ver, eles insinuam que, às vezes, o professor Claus Roxin tem até uma boa razão na teoria do domínio do fato, mas, aqui, essa teoria da bagatela que ele criou, isso pode ser aplicável lá onde ele atua, (...). (Ministro Fux, p.121)

Nessa ótica, não existe qualquer incoerência na distinção de tratamento reservado ao contumaz em comparação ao tratamento reservado ao agente detentor de antecedentes imaculados, para efeitos de juízo de tipicidade material. Não se trata de ‘Direito Penal do autor’, mas sim de ‘Direito Penal do fato’”. (Ministra Carmen Lúcia, p.141)

O indicador L3 procura analisar até que ponto princípios abstratos e vagos podem influenciar a criação do discurso do STF em relação ao princípio da insignificância, como ocorreu em outros julgados de grande repercussão daquela Corte¹³. Aqui surgirão argumentos como discurso de defesa social.

O indicador L4 corresponde às referências às funções do Direito Penal. A sanção é o que diferencia o Direito de outras formas de coerção social. Particularmente no Direito Penal a intensidade da sanção é maior que outros ramos do Direito, pois a pena, se imposta, implica necessariamente uma privação ou restrição do direito à liberdade. Em Max Webber, a soberania estatal moderna se concretiza por meio da

¹³ Como identificado na obra “Entre Hidra e Hércules. Princípios e Regras Constitucionais” de Marcelo Neves.

coerção através do uso legítimo da força. Assim, o processo de legitimação dos Estados modernos passa inevitavelmente por uma justificação da existência do poder centralizado e das sanções por ele impostas. Daí que surgem as teorias de fundamentação das penas como forma discurso de racionalização do poder soberano (CARVALHO, 2015). O indicador L4 representa a utilização de tais discursos ao longo do Acórdão.

O indicador L5 são referências a dados estatísticos com referências diretas à fonte. O indicador L6 corresponde a referências ao sistema penal, como por exemplo referências ao sistema carcerário ou ao modo como os sentenciadas se reintegram à sociedade. Esse indicador se diferencia do indicador L4, pois aqui não se trata das funções declaradas da pena, mas sim como se ocorre o processo punitivo, e principalmente sobre os efeitos concretos da pena no indivíduo. Um exemplo de tal indicador encontramos no voto do Ministro Gilmar Mendes:

No nosso caso, que me parece que a discussão é importante, e suscita, diante dos índices que se indicam de reincidência, é a falência do próprio modelo penal prisional. Essa é a questão que eu acho que o debate suscita, destaca e chama atenção. Acho que é importante que se discuta e que se considere que, em princípio, as nossas instituições prisionais, elas não dispõem de condições minimamente adequadas de ressocialização” (RE 453.000, p.26)

A criação dos indicadores L7 e L8 tem como objetivo identificar quais normas jurídicas foram analisadas ao longo da construção do discurso.

O indicador L9 indica os argumentos nos quais o emissor do voto apresenta como justificativa o respeito a decisão do legislador em matéria penal.

O acórdão do HC 123.108 apresenta um total de 179 páginas. Para a pesquisa analisamos apenas os trechos dos Acórdãos classificados como “Votos”, e desconsideramos discussões relacionadas ao andamento do julgamento, que estão classificadas no próprio inteiro teor disponível no sítio eletrônico do STF, como

“Esclarecimento” ou “Explicação”. Também foram desconsideradas intervenções, pois poderia dificultar a posterior compilação dos dados, bem como os trechos do voto destinados ao mero relatório do caso concreto.

Para a indicação das ocorrências serão considerados os seguintes critérios:

- a) a unidade da ocorrência corresponde ao parágrafo em que ela é identificada.
- b) havendo mais de uma ocorrência na mesma página, o indicador será contabilizado mais de uma vez.
- c) quando o parágrafo no qual se encontra determinado indicador se prolongar por mais de uma páginas, o indicador será contabilizado uma única vez em relação a esse parágrafo.
- d) é possível a ocorrência de mais de um indicador no mesmo parágrafo ou na mesma página.

CAPÍTULO 3

O DIREITO PENAL DO AUTOR NO DISCURSO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3.1 Análise dos resultados

A discussão central no julgado do HC123.108 foi a respeito da compatibilidade do instituto da insignificância com o da reincidência, isso é, se aos indivíduos reincidentes é aplicado o princípio da insignificância.

O voto do relator Ministro Roberto Barroso propõe uma uniformização do posicionamento da corte sobre o princípio da insignificância. A decisão, que se assemelha a um trabalho acadêmico, inicia-se com introdução sobre o sistema carcerário brasileiro, na qual são apresentados dados do Conselho Nacional de Justiça e do Departamento Penitenciário Nacional a respeito do número de presos no Brasil. Faz uma autocrítica ao STF ao dizer que seletividade penal também está presente naquele Corte, pois casos que envolvem bens cujo valor são de cerca de R\$ 50,00 (cinquenta reais) justificam a sanção penal, enquanto casos de descaminho no qual na primeira vez sonega-se R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em tributos e posteriormente R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o sistema penal não é acionado, por não ter sido excedido o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Afirma que o sistema punitivo no Brasil não previne, não ressocializa, nem prevê retribuição na medida certa. Entende que o princípio da insignificância deve ser analisado levando-se em consideração todas essas questões.

Em seguida a decisão traça um panorama sobre a aplicação do princípio no próprio STF, no qual identifica ausência de uma jurisprudência sólida, e que existem

julgados nos quais supostamente os mesmos critérios foram utilizados, mas os resultados foram opostos, ainda que os casos concretos fossem de matéria semelhante.

Posteriormente, através de análise das bases teóricas e da jurisprudência do STF especificamente em relação ao crime de furto, a decisão demonstra os problemas de se considerar circunstâncias subjetivas ao agente para o reconhecimento do princípio da insignificância, pois toda a análise da base teórica a respeito do princípio levará à conclusão de que, ao menos em relação crime de furto, a insignificância diz respeito ao desvalor do resultado da conduta. Ou seja, se a lesão ao bem jurídico é mínima, não há falar em conduta típica.

Por fim, o voto propõe o estabelecimento de critérios para que se chegue a um consenso mínimo. Entende que a reincidência não deve afastar a insignificância, afinal seria entender que a insignificância pressupõe uma análise de culpabilidade, de modo que determinada que seria criminosa para alguns não seria para outros, o Direito Penal tornar-se-ia assim o Direito Penal do autor, e não do fato, algo incompatível com a Constituição.

Caso entenda-se que reincidência afaste a aplicação do princípio, propõe que apenas ações penais transitadas em julgado teriam o condão de afastar a insignificância, e propõe a aplicação de regime aberto domiciliar, pois como exposto na introdução do voto, o sistema carcerário está saturado e não contribui para que concretização dos princípios ressocializadores da pena.

A tese principal do relator ficou vencida pelo voto do revisor, seguido pela maioria, de modo que entendeu o pleno do STF que a insignificância não deveria ser aplicada aos casos concretos analisados, que envolviam crime de furto de 15 doces caseiros, avaliados em R\$30,00 (trinta reais), e um par de sandálias da marca Ipanema,

avaliado em R\$15,00 (quinze reais), mas entendeu que, apesar de disposição legal diversa, entendeu que nesses casos é possível a fixação do regime aberto.

Os Ministros Roberto Barroso, Celso de Mello e Rosa Weber (Grupo 1) votaram para conceder a ordem nos casos analisados, a despeito da reincidência. Teori Zavascki, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Dias Tofolli, Luiz Fux e Marco Aurélio¹⁴ (Grupo 2) votaram por denegar a ordem, por entenderem que a insignificância não se aplica ao caso analisado pelo fato dos pacientes serem reincidentes.

No Grupo 1, no voto do Ministro Barroso encontramos um grande número de referências às decisões do STF (L1) e às bases teóricas do princípio da insignificância (L2). No entanto tais ocorrências inicialmente não ocorrem como mera forma de argumento de autoridade para justificar determinada posição, mas para traçar um parâmetro geral da evolução do princípio da insignificância no STF e das bases doutrinárias do princípio:

Quanto ao furto, a jurisprudência recente do STF, de forma geral, tem exigido que: (i) o agente não seja reincidente ou contumaz na prática da conduta; e (ii) não se trate de furto qualificado (CP, art. 155, §4º). Assim, parece conveniente revisitar as bases teóricas do princípio da insignificância, para refletir sobre a pertinência dos critérios atualmente exigidos pela Corte e, se for o caso, propor alternativas.

(indicador L1, p.25)

A significativa presença de indicadores L1 ainda é explicada pelo dato de o voto conter um teor fortemente crítico em relação aos precedentes do STF nos quais a

¹⁴ O ministros e ministras estão aqui identificados conforme o *site* oficial do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>

reincidência é tida como causa de exclusão da aplicação do princípio da insignificância, como no seguinte trecho:

Portanto, embora o Tribunal tenha reconhecido, em tese, a constitucionalidade da reincidência como agravante genérica da pena (RE 453.000, Rel. Min. Marco Aurélio), isto não significa que se possa considerar a reiteração delitiva como circunstância elementar de tipos penais. Isto é: a tipicidade de uma conduta não pode depender de saber se o agente é vadio, mendigo, processado, condenado ou reincidente. A jurisprudência dominante na Corte, no entanto, faz exatamente isto ao afastar o princípio da insignificância a agentes em situação de reiteração delitiva, (tecnicamente reincidentes ou não). Uma mesma conduta – e.g., a subtração de uma caixa de fósforos, de quatro galinhas, de um desodorante, de barras de chocolate etc. – tem a sua tipicidade dependente de uma investigação sobre os antecedentes criminais do agente. (Indicador L1 pg.40 do acórdão)

Posteriormente, o voto utiliza-se de referências doutrinárias e de preceitos do conceito analítico de crime (indicadores L2) para demonstrar a ausência de base teórica da consideração de circunstâncias subjetivas ao agente na verificação da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, e cita um julgado específico relatado pelo Ministro Teori para desconstruir as bases doutrinárias presentes naquela decisão, na qual, a ideia de tipicidade conglobante apresentada por Zaffaroni foi utilizada como argumento de autoridade para justificar a análise de circunstâncias subjetivas ao agente no juízo de tipicidade. Pondera o Ministro Barroso, que a ideia de tipicidade conglobante não permite tal leitura, por ter uma função redutora do campo de incidência da norma punitiva, e não ampliadora:

Resta analisar os argumentos dogmáticos usados, e.g., no HC 114.877. Data máxima venia, penso que a citação a Zaffaroni feita e casos da espécie não reflete o real pensamento do penalista. Isto porque a tipicidade conglobante (v. supra, nota 17) tem uma função redutora, e não ampliadora do juízo de tipicidade penal. (Indicador L2 Pg.41)

O voto ainda demonstra que um desdobramento de impedir a aplicação do princípio da insignificância com base exclusivamente na reincidência, significa dizer

que uma mesma conduta que é tida como criminosa para uns, e não para outros, o que por sua vez, significa um Direito Penal do autor e não do fato. Em seguida, ao invés de demonstrar através de argumentos da teoria do direito (L2), que o Direito Penal do fato não de compatibiliza com a Constituição, o voto cita um julgado do próprio STF no qual ficou explicitado que tal forma de poder punitivo não se compatibiliza com o Estado de Direito:

Além disso, o Direito Penal não se destina a punir meras condutas indesejáveis, “personalidades”, “meios” ou “modos de vida”, e sim crimes, isto é, condutas significativamente perigosas ou lesivas a bens jurídicos, sob pena de se configurar um Direito Penal do autor, e não do fato. A propósito, o Tribunal teve recentemente a oportunidade de se manifestar, em caso julgado sob regime de repercussão geral, acerca da não recepção do art. 25 da Lei de Contravenções Penais pela Constituição (RE 583.523, j. 03.10.2013). O preceito tipificava a posse de certos instrumentos, a depender do histórico penal de seu portador ou de seu enquadramento como “vadio ou mendigo”. Na ocasião, o Tribunal rejeitou a adoção de um Direito Penal do autor, em lugar de um Direito Penal do fato. (Indicador L1, pg. 38)

Aqui, a presença desse indicador L1 não se trata de mera forma de uso de argumento de autoridade, mas pode ser interpretado como uma forma de demonstrar que o STF se contradiz ao afirmar que repele o Direito Penal do autor, mas impede a aplicação do princípio da insignificância aos reincidentes, o que na realidade se trata de forma de Direito Penal do autor.

O voto ainda procura conscientizar os demais ministros e ministras sobre as consequências negativas do contato do indivíduo com um sistema desumano de cumprimento de pena (indicador P5), ao apresentar dados estatísticos sobre o sistema carcerário (indicador L5); cita as funções declaradas da pena (indicador L4) não para justificar a necessidade de punição, mas para demonstrar a falência concreta dessas funções ao citar novamente dados estatísticos que demonstrariam que a pena não reeduca e não previne novos delitos, pelo contrário, cria problemas para a segurança pública, como demonstra o auto índice de reincidência:

Por fim, ainda que se pretenda aplicar alguma resposta penal ao agente que furta coisa de valor insignificante, a sanção deverá guardar proporcionalidade com a lesão causada. Como já visto, o encarceramento em massa de condenados por pequenos furtos tem efeitos desastrosos não apenas para a integridade física e psíquica dessas pessoas, como também para o sistema penitenciário como um todo, e, reflexamente, para a própria segurança pública que se quer proteger. A prisão, no caso, é manifestamente desproporcional à gravidade da conduta, nos três aspectos em que se divide o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade: não é adequada para prevenir novos crimes –como demonstra o elevado índice de reincidência no Brasil –, é excessiva no seu aspecto repressivo e gera muito mais malefícios do que benefícios

Desse modo, o voto procura demonstrar aos demais Ministros que a posição adotada pelo STF na maioria dos casos de não aplicar o princípio da insignificância aos reincidentes tem efeitos indesejáveis (P5), pois além de incrementar o problema da superlotação do sistema carcerário, ao invés de reduzir o problema da violência, pode aumentá-lo, ao potencializar a possibilidade de que o indivíduo volte a praticar delitos .

O voto de Rosa Weber demonstra preocupação com os efeitos concretos do sistema carcerário nos indivíduos (P4), se alinha a ideia de que o princípio da insignificância afasta a tipicidade material (L2), e também utilizar as funções declaradas da pena (L4) para deslegitima-la:

Naquele caso da bandeja de carne de R\$ 19,00 (dezenove reais), assim como nessas hipóteses trazidas nesses habeas corpus – sandálias de R\$ 16,00 (dezesseis reais), dois desodorantes íntimos de R\$ 48,00 (quarenta e oito reais) e quinze bombons –, parece-me que a conduta não tem um relevo, (indicador P4) apesar da sua ofensividade, que mereça o acionamento da máquina estatal e a segregação desses agentes num ambiente carcerário, que nós sabemos que hoje se constitui muito mais numa escola de crimes e que não se presta cumprimento das finalidades para as quais ele foi engendrado (indicador P4 e L4).

Já no sucinto voto do Ministro Celso de Mello, encontramos na ideia de que a insignificância é causa de exclusão de tipicidade material (L2), baseada em referências a julgados do próprio STF (L1) e às obras acadêmicas de Direito Penal (L2). O Ministro cita a presença no caso concreto de vetores que permitem a aplicação do princípio no caso concreto, mas não discorre sobre quais vetores seriam esses, apenas

cita decisão anterior por ele relatada (L1), no caso o o RTJ 192/963-964: “Por vislumbrar presentes os vetores a que anteriormente aludi (RTJ 192/963-964), reconheço caracterizada, na espécie, a ocorrência do fato insignificante.” (159)

Em linhas gerais, esse grupo de votos entendeu que, no princípio da insignificância deve ser avaliada a ofensividade da conduta. Embora não se possa afirmar que em outros casos os mesmos ministros votariam de modo semelhante, ao menos no acórdão analisado, eles entenderam que a reincidência não impede o reconhecimento da insignificância do resultado da conduta. Ainda que determinadas críticas possam ser feitas a tais votos, principalmente das referências doutrinárias apresentadas, como a ideia de “tipicidade material”, um conceito apresentado inicialmente por Zaffaroni e difundido no Brasil através da obra “Manual de Direito Penal”, cuja primeira edição do original data de 1977, e posteriormente abandonado pelo mesmo autor ¹⁵, ainda assim, não há incompatibilidade entre o discurso de tais votos e o Estado de direito, ao menos naquilo que se refere à questão da aplicação do princípio em caso de reincidência.

Para se chegar a uma resposta ao problema de pesquisa, necessário ainda analisar o outro grupo formado pelos votos de 8 Ministros que, de um modo ou de outro, apresentaram discurso de que a insignificância não deveria ser aplicada ao caso objeto do julgamento. 6 desses votos entenderam ser a reincidência motivo preponderante a não aplicação do princípio (ainda que os Ministros Gilmar e Toffoli tenham entendido que essa posição não deve ser aplicada em todo e qualquer caso), e aqueles que negaram a própria validade do princípio da insignificância (Fux e Marco Aurélio) o fizeram com base em argumentos que fizeram referência à subjetividade do indivíduo.

¹⁵ Em **Derecho Penal: parte general**, Zaffaroni apresenta o conceito de tipicidade conglobante de outra maneira, dentro de uma teoria funcionalista da teoria do delito, diferente da formulação finalista presente no “Manual”.

No voto do ministro Teori, encontramos num primeiro momento a presença de do indicador P3 (expectativa de punição):

Sendo assim, é preciso que o Tribunal tenha presente as consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade em casos como o examinado. Negar a tipicidade dessas condutas significa afirmar que, do ponto de vista penal, seriam condutas lícitas. Pode-se argumentar que o lesado, nesse caso, terá a faculdade de pleitear uma indenização, no plano da responsabilidade civil. Não é preciso enfatizar que, à toda evidência, a alternativa da reparação civil não passa de possibilidade meramente formal, destituída de qualquer viabilidade no plano da realidade. Sendo assim, a conduta seria não apenas penalmente lícita, mas também imune a qualquer espécie de repressão estatal, a significar que, na prática, será uma conduta equivalente a uma conduta jurídica lícita e legítima, sob todos os aspectos. (pg.60)

Em um segundo momento, o voto procura demonstrar que há embasamento doutrinário (L2) para considerar circunstâncias subjetivas na análise de tipicidade, para isso cita a doutrina de Zaffaroni e Luiz Flávio Gomes. Essas referências surgem no voto como mero argumento de autoridade, de modo que não há qualquer tentativa de interpretação fundamentada. Note-se que nas referências ao Zaffaroni, os trechos selecionados, ao serem lido de modo isolados, permitem interpretações por demais abstratas a respeito do princípio da insignificância:

O que resulta dessas premissas conceituais é que a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade, mormente em se tratando de crimes contra o patrimônio, envolve juízo muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa, nesse juízo de tipicidade conglobante, de modo significativo, investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, que se traduz pela ausência de periculosidade social, pela mínima ofensividade e pela falta de reprovabilidade, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Repetindo Zaffaroni, há de se considerar que ‘a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa’ (op. cit, p.489). Essa constatação – de que a insignificância do resultado da ação não pode, por si só, afastar a tipicidade - se mostra evidente quando se considera que não passaram despercebidas ao legislador as hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas como fundamento, não para excluir a tipicidade, mas

para mitigar a pena ou a persecução penal. Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade, cumpre, portanto, que se vá além da irrelevância penal a que se referiu o legislador. É indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de que se apure se o resultado dessa investigação ampliada é compatível ou não com a finalidade perseguida pelo ordenamento penal, ou, em outras palavras, se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não, quando examinado no seu contexto social, tem relevância penal. Parece certo concluir, à luz dessas premissas, que a relevância penal, em casos dessa natureza, comporta, sim, juízo sobre a contumácia da conduta do agente. É importante, todavia, que seja precisado o conceito de contumácia, a ser levado em consideração nesse juízo de insignificância penal do fato. (p.63/69)

Como apontado no voto do Ministro Barroso, a ideia de tipicidade conglobante de Zaffaroni é redutora do tipo, e não ampliadora. Já na referência a Luiz Flávio Gomes, não há demonstração de que os exemplos apontados pelo autor se adequam ao caso concreto. Nas hipóteses do referido autor, o agente pratica várias condutas que, isoladas são insignificantes, mas no conjunto provocam uma lesão significativa, como no caso em que um gerente de banco desvia a quantia de R\$ 1,00 (um real) de cada correntista, o que ao final fará com que da ação resulte na subtração de relevante quantidade de dinheiro:

Em outras palavras, quando o agente pratica reiteradas condutas que, somadas, não geram um resultado insignificante (sim, bastante expressivo), deixa de ter pertinência o princípio que estamos estudando. Gerente de banco (ou um 'hacker') que desvia R\$ 1,00 de cada conta corrente, no final, aufere soma significativa. (p.68)

No entanto, logo após a citação do referido trecho, o voto simplesmente conclui que no caso concreto não há como aplicar o princípio da insignificância. Em um terceiro momento, o voto apresenta preocupações com o funcionamento do sistema punitivo (indicador L6), e surge então a proposta de aplicação do regime aberto aos reincidentes que praticam condutas insignificantes.

Identificamos no voto do Ministro Fachin duas linhas de exercício retórico: uma na qual demonstra preocupação com as vítimas de menor poder aquisitivo (indicador P4), e, que ficariam desassistidas caso o Estado não pudesse punir os indivíduos (indicador P3):

Digo isso com os olhos especialmente voltados às vítimas mais frágeis do crime de furto. Todos os integrantes de nossa sociedade são vítimas em potencial dessa modalidade delitiva. Porém, as mais frágeis são justamente aquelas dotadas das menores condições financeiras, ou seja, quem não consegue pagar por aparatos privados de segurança. Retirar do Estado o poder de intervir penalmente nessas hipóteses, no meu modo de ver, significa deixar desassistida uma parcela da população que não teria a quem se socorrer. Assim, discutir esta matéria não é apenas uma opção entre retirar ou não uma parcela economicamente desassistida (usuais autores do crime de furto) do alcance de um eventual uso arbitrário do poder punitivo (p.87)

E outra na qual procura legitimar, com a utilização de indicadores L2 a posição adotada em determinadas decisões do STF em não aplicar o princípio da insignificância aos reincidentes, criticada no voto do relator. Para isso, faz uma análise das bases teóricas do princípio da insignificância e o relaciona com a teoria analítica do delito, e se esforça para demonstrar que não aplicar o princípio da insignificância aos reincidentes não significa que uma conduta a princípio não criminosa, torna-se criminosa por que o indivíduo é reincidente:

Ou seja, não se está a dizer que uma dada conduta atípica, torna-se típica, porque o agente é reincidente. Fosse essa a premissa, não teria dúvida em rechaçá-la. (...) Assim, a reincidência não é tida, diretamente, como causa de afastamento da alegação de atipicidade da conduta. A reincidência é tida como causa de afastamento da aplicabilidade do princípio da insignificância. Uma vez declarada que a conduta é significativa, aí sim, declara-se sua tipicidade. (p.91)

O resultado é confuso, pois nos parece que, se a reincidência afasta o aplicação do princípio da insignificância, logo a reincidência estará também afastando a alegação de atipicidade da conduta, afinal uma conduta insignificante é uma conduta atípica.

Posteriormente o voto reconhece que se afasta da ideia doutrinária que o princípio da insignificância deva considerar apenas o desvalor do resultado, mas também deve

analisar demais fatores, e para isso desenvolve o genérico enunciado “reduzidíssimo grau de reprovabilidade” do HC 84.412/SP (indicador L1) e chega a conclusão que tal vetor significa que outras variáveis, como os antecedentes penais podem ser avaliados:

Ao estabelecer como um dos requisitos para que se tenha por presente a insignificância, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, Sua Excelência está, na minha concepção, chamando a atenção para o fato de que a reprovabilidade, ou seja, culpabilidade, ou o desvalor da conduta praticada é fundamental, também, para que se tenha por presente e configurada hipótese de aplicação do princípio da insignificância. (p.94)

Posteriormente o voto procura ainda legitimar outra postura do STF apontada pelo Ministro Barroso, a seletiva diferença entre o tratamento dispensado aos casos de furto e aos casos de descaminho. Argumenta o voto do Ministro Fachin que “o desvalor ético-social que recai sobre a conduta de inadimplir um tributo devido é diverso daquele que recai sobre a conduta de subtrair coisa alheia móvel”. Note-se no entanto que, posteriormente, ao rechaçar a proposta de fixação de regime aberto ou domiciliar no caso em concreto, o voto diz que cabe ao legislador definir a gravidade das penas (indicador L9), e para isso utiliza-se do indicador L2 ao citar Otto Bachoff e Jorge Figueiredo Dias:

Por não depreender, necessariamente, esse absurdo descompasso entre a gravidade da conduta e a sanção cominada nesses casos, entendo, tal qual afirma Otto Bachof, que uma "primazia política do legislador" precisa ser reconhecida no tema referente ao estabelecimento da gravidade das penas relacionadas às condutas proibidas. Nesse sentido, embora em outro contexto, leciona Jorge de Figueiredo Dias em passagem que não leva grifos no original: (...)

Ora, veja-se que o crime de furto possui a mesma pena que o crime de descaminho, ou seja, o legislador atribuiu às duas condutas gravidade semelhante. No entanto, quando é conveniente ao voto, princípios vagos e abstratos (indicador L3) são utilizados para apontar que ambas as condutas possuem gravidade distinta, a despeito de o legislador ter atribuído a elas gravidade semelhante. O respeito a decisão do legislador

(indicador L9) surge apenas para se negar o regime inicial de cumprimento de pena mais benéfico aos reincidentes.

O voto procura demonstrar que está atento à outra questão apresentada pelo Ministro Barroso, o sistema carcerário brasileiro (indicador P5), mas encerra a questão ao afirmar que as audiências de custódia são soluções adequadas ao lidar com o problema, mas não apresenta nenhum dado específico que demonstre como essa solução pode ser eficiente.

O voto da Ministra Cármen Lúcia está dividido em duas partes. Uma na qual o voto foi proferido de improviso oralmente durante a votação, e outra produzida previamente. No voto oral, há forte presença de indicadores *pathos*, notadamente os indicadores P1 (insegurança), P2 (periculosidade), P3(expectativa de punição) e P4(preocupação com a vítima):

E, aí, é preciso realmente levar em consideração a interpretação analisando-se não apenas os princípios constitucionais, que têm a sua dinâmica e a sua vida, para que o Direito não desconheça e possa ser tomado sem considerar, primeiro, que não se pode tomar uma pessoa que praticou algo que não tem significação ou relevo penal para a sociedade e **para as pessoas - eu vou usar o verbo envolver exatamente no seu sentido-, quer dizer, há um agressor e há uma vítima. Isso pode ser pequeno para essa vítima, se for aqui. (indicador P4)** Mas eu sou de Espinosa. **Eu sei que uma pessoa que, uma vez entra numa farmácia, pega um desodorante no outro dia e no outro dia, (indicador P2)** mais do que o valor, Ministro Fux, estabelece-se uma **sensação de medo; e o medo e a vergonha para mim são os dois elementos que fragilizam o ser humano. No Brasil, eu ando com medo no centro da minha cidade que é Belo Horizonte. Eu ando com medo à noite. O Estado foi criado para dar, primeiro, essa condição e não está dando (indicador P1).** Há poucos dias, numa pesquisa- não sei se correta, imagino que sim - de um desses órgãos de consulta, de pesquisa e de estatística tido como sério, dizia-se que um altíssimo grau, parece que mais de setenta por cento das pessoas pesquisadas nodemonstrativo, tinham medo de sair. **O medo é algo que tira o sossego, que tira o direito fundamental, a paz - não a paz social, mas a paz de cada um de nós.. Isso aumenta à medida em que o Estado não responde, o que gera aquilo que, num Estado da Federação, em 96, houve: 156 casos da linchamento. Hannah Arendt (argumento P1) pg.129**

No voto escrito há poucas ocorrências de indicadores pathos. É como se nesse voto, provavelmente feito em um gabinete por algum assessor, existisse uma tentativa de racionalizar juridicamente a decisão de não aplicar o princípio da insignificância ao caso concreto, que na realidade foi decidido com base no medo da Ministra Carmen em andar pelas ruas de Belo Horizonte. O voto da Ministra, assim como nos votos anteriormente analisados desse grupo, notadamente no voto do Fachin, defende e justifica os precedentes do STF nos quais a reincidência é causa de afastamento da aplicação do princípio. Ao longo dessa parte do voto, é recorrente a intercalação dos indicadores L1 e L2, em que um julgado da corte é apresentado, e logo em seguida é feita uma tentativa de justificar a decisão indicada com base em aspectos teóricos do Direito Penal:

19. A evolução da jurisprudência revela ser a contumácia delitiva fator a propiciar prejuízo relevante à integridade da ordem social, além de afastar o “reduzido grau de reprovabilidade da conduta”, constituindo óbice à incidência do princípio da insignificância. (*indicador L1*)

20. A partir dos julgados deste Supremo Tribunal, pode-se observar que “o princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo Direito Penal, fazendo-se justiça no caso concreto” (HC 118.089/MG, DJe 24.3.2013, HC 115.707/MS, DJe 12.8.2013, e HC 120.812/PR, DJe 20.3.2014, todos de minha relatoria). (*indicador L2*)

21. Ao impedir a aplicação do princípio da insignificância ao contumaz, este Supremo Tribunal não está adotando o odioso “Direito Penal do autor”. Ao contrário, mantém íntegro o prestígio ao “Direito Penal do fato”. (*indicador L2*) (p.137)

Em dois momentos distintos o voto diz explicitamente que o STF não está aplicando o Direito Penal do autor, mas sim do fato, mas em nenhuma das situações o voto explica por qual motivo o tratamento diverso dispensado aos reincidentes e aos não reincidentes no caso da insignificância seria Direito Penal do autor e não do fato. As afirmações surgem isoladas, e sequer há um desenvolvimento mínimo sobre o que seria Direito Penal do fato ou Direito Penal do autor.

O voto ainda procura demonstrar estar atento com o sistema carcerário, mas entende que a própria lei infraconstitucional cria mecanismos para impedir que pessoas que cometam crimes de menor ofensividade sejam efetivamente encarceradas. Para corroborar a tese, apenas a lei é citada (indicador L7). Não há qualquer dado empírico/estatístico sobre a população carcerária que comprove que a lei consegue ser eficiente desse modo.

O voto do Ministro Lewandowski também se alinha ao entendimento de que a reincidência afasta necessariamente a aplicação do princípio da insignificância. Não desenvolve a contento a tese, mas naquilo que se refere especificamente à reincidência como causa impeditiva da aplicação do princípio, entende que decorre do fato de que o Código Penal estabelece a reincidência como causa de agravamento da pena (indicador L7). O restante o voto diz respeito a uma outra elementar no caso das condutas insignificantes: a presença de qualificadoras objetivas, tais quais a coautoria. Em tais trechos não encontramos nenhum dos indicadores.

O Ministro Fux, embora em dado momento afirme que já defendeu que o princípio deve ser aplicado em casos de não reincidência específica, traz um voto no qual deslegitima o próprio princípio da insignificância com argumento central de que a aplicação de tal princípio ao descriminalizar condutas que foram criminalizadas pelo legislador (indicador L9), levaria a uma impunidade incompatível com uma sociedade justa (indicador P3). O voto constrói esse argumento com forte presença de argumentos *pathos*, como no indicador P3 no qual menciona um exemplo de violência transmitida pela televisão, e P4, no qual demonstra preocupação com a vítima bem articulada como forma de comover o auditório:

Vou descrever um fato, que é notório, e depois vou adentrar num aspecto que me parece importante sobre a nossa postura judicial nesse caso de insignificância, que não é uma categoria jurídica legal, mas é uma criação doutrinária, de alhures, que, no meu modo de ver, não se aplica no nosso ambiente nacional. (p.118) (indicador P3)

Recentemente, um jornalista da TV Globo estava entrevistando uma senhora sobre a recorrência de furtos de cordões em determinado lugar.

E, exatamente no momento da entrevista, um jovem passou e arrancou o cordão. O repórter correu atrás do rapaz que havia cometido esse ilícito, mas não conseguiu alcançá-lo e ela disse: o problema não é o valor do cordão; o problema é a humilhação que nós sofremos pela impotência de reação e pelo desapossamento que eu fui vítima, o que revela um desprezo pela minha pessoa, conquanto ser humano. (p.118) (*indicador p4*)

Há presença de indicador L2 (citação doutrinária) não como argumento de autoridade, mas para descartar a teoria da insignificância, no qual há um raciocínio de que qualquer princípio jurídico exige previsão legal:

Então, esses argumentos, vamos dizer assim, legais, no meu modo de ver, eles insinuam que, às vezes, o professor Claus Roxin tem até uma boa razão na teoria do domínio do fato, mas, aqui, essa teoria da bagatela que ele criou, isso pode ser aplicável lá onde ele atua, porque tem um ambiente penal diferente. Mas essa teoria da insignificância, esse princípio não está previsto na lei e é uma criação *contra legem* que vai nos impor declarar a inconstitucionalidade de dispositivos. Isso em primeiro lugar. (p.121/122) (*indicador L2*)

Veja-se que há aqui o voto comete um equívoco teórico ao confundir o princípio da insignificância com a descriminalização em abstrato do furto.

Em seguida surge no voto indicadores L3, no qual o Ministro afirma que esse episódio transmitido televisivamente não é compatível com uma sociedade justa:

E, no meu modo de ver, isso é algo que não se concilia com o ideário da nação de construir uma sociedade justa e solidária, ou seja, uma doutrina extremamente sofisticada que visa a infirmar a vontade do legislador. Quer dizer, no meu modo de ver, além desse aspecto supraconstitucional, que é o ideário maior da nação promover o bem de todos, construir a sociedade justa. E preconizar essa tese não conduz, no meu modo de ver, a uma sociedade justa. (p.118)

Seguido do indicador L9 (invocação da separação de poderes), no qual o voto demonstra preocupação com as decisões dos “representantes” do povo:

Além disso, nós estamos aqui sob ainda o pálio constitucional, estamos fazendo uma valoração que os representantes do povo não fizeram. Com isso, eu quero dizer que, sobre esse tema da insignificância, há um desacordo moral razoável na sociedade. Nós temos a experiência importante. Porque eu fui promotor do interior e, na minha comarca do interior, tinha um farmácia que vendia dois xampus por mês, então, esse era um pequeno comerciante, um pobre comerciante. Então, o furto de um xampu na drogaria popular de Copacabana é insignificante, mas, na comarca de Trajano de Moraes, não é. (p.122)

O voto novamente demonstrar um respeito à separação dos três poderes ao mencionar que a lei prevê penas alternativas para agentes que cometem pequenos delitos (L9):

E, como Vossa Excelência também destacou, o próprio legislador elegeu uma fórmula para resolver essas pequenas questões. Não precisa aplicar pena privativa de liberdade, aplica pena de multa ou, então, aplica o regime aberto. Agora, o que não pode é o Judiciário descriminalizar uma conduta valorada pelo legislador. Isso é uma figura penal, que está prevista no nosso ordenamento. De sorte que eu verifico, também, que todas essas mudanças da legislação penal, elas não se referem aos tipos, mas à resposta penal. Elas visam a minimizar a punibilidade. Então, nesses casos, vamos aplicar o regime aberto. Nesses casos, vamos aplicar a pena de multa. Dificilmente se descriminaliza o que já está criminalizado. O que se criam são figuras novas, que essa nova sociedade acabou por gerar fatos que não estão previstos na lei, como sói ocorrer com essa recente lei de organização criminosa, que não se enquadrava na quadrilha ou no bando, a lavagem de dinheiro e esses crimes cibernéticos. (p.122)

Apesar do teor deslegitimação do princípio, o voto afirma que é um “avanço” a proposta do relator de que a reincidência não deve excluir necessariamente a aplicação do princípio da insignificância, mas afirma que isso exige a intervenção do magistrado:

E acho que já é um passo poder dizer – e acho que isso é mérito do voto do ministro Barroso – que também a simples existência da iteração ou da reincidência não deve levar, necessariamente, à afirmação de que não se aplica o princípio da insignificância. Mas isso faz necessária a intervenção do juiz

Essa tese última também aparece no voto do Ministro Toffoli, no qual aponta a dificuldade de “fixar teses” em matéria penal:

A realidade fática - e aqui as três hipóteses trazidas pelo Relator assim o demonstram - é muito maior do que qualquer tentativa nossa de estandardizar algum tipo de orientação para a aplicação para toda a magistratura nacional. Os debates mostraram isso. Agora há pouco o Ministro Luiz Fux, diante da sua experiência desde promotor, inicialmente advogado, depois promotor, juiz pelo Estado do Rio de Janeiro, mostrando as diferenças de um mesmo bem, como pode ser tratado em uma ou outra localidade, naquele mesmo Estado da federação. Observamos também as colocações trazidas por Sua Excelência, o Ministro Fachin. Eu louvo, Senhor Presidente, a tentativa do nobre Relator, inclusive porque isso foi provocado diante da tentativa de uniformizar entendimentos da Primeira com a Segunda Turma - a Segunda Turma aceitando de uma maneira mais liberal a aplicação do princípio, a Primeira Turma mais restritiva -, mas eu verifico que isso é impossível, Senhor Presidente. E reafirmo a minha posição, em matéria de súmula vinculante eu tenho sempre reiterado aqui, em matéria de natureza penal, a minha contrariedade à edição de súmulas vinculantes. Também entendo que uniformizar teses, nesses temas, não convém.

Note-se que essa ideia de impossibilidade de fixar teses em Direito Penal está em consonância com os precedentes do STF, que não são harmônicos. Em dado momento a reincidência impede a aplicação do princípio da insignificância, em outros não. Tais trechos anteriormente destacados são representantes de indicadores P3 (expectativa de punição), pois o voto apresenta em linhas gerais a ideia de que a consequência da fixação de teses é impossibilidade de o magistrado de primeira instância poder julgar as particularidades do caso. Pelo teor do voto dos dois ministros (Toffoli e Fux), que votaram no sentido de não aplicar o princípio da insignificância em caso de reincidência, a preocupação com a fixação de teses deve ser interpretada como uma preocupação em não dificultar uma maior na punição de determinados indivíduos.

O voto do Ministro Gilmar apresenta argumentos de sensação de expectativa de punição (P3), e também demonstra preocupação com as vítimas (P4):

Mas eu mesmo dizia, quando o acompanhava, que encontrava dificuldade diante dessas situações de temas iterativos, da prática reiterada. Nós temos essa

situação inclusive, por exemplo, no Estado do Paraná, onde se alegam, na fronteira de Foz do Iguaçu, nos crimes de natureza fiscal, aquele transporte continuado. Temos tido habeas corpus, que se repetem nas turmas, de pessoas que passam com pequenas quantidades de mercadorias e depois alegam o princípio da insignificância, o que, também, seria usar do princípio da proporcionalidade e do espírito que norteia de justiça material para praticar um crime de maneira sistemática. Então, havia esta preocupação. (p.149) *(indicador P3)*

Mas, como eu disse, também, esse tema parece que, pelo menos em seus contornos mais definidos, reclama intervenção legislativa, uma intervenção legislativa para assentar quais seriam essas situações que demandariam esse tipo de tratamento. E que acompanhamento se teria, porque, nós já vimos, pelas análises aqui feitas, que o tema é assaz complexo, inclusive nesse embate que se faz na perspectiva da vítima. (p.153) *(indicador P4)*

O voto também procura demonstrar que está atento ao sistema carcerário (P5), mas afirma ser necessário uma intervenção legislativa para melhor solução da problemática do aparato prisional:

Eu também sou muito sensível ao argumento trazido pelo ministro Barroso a propósito do modelo prisional. Nós sabemos que estamos perante quadro extremamente grave e todos reconhecem, creio, hoje, quase a uma só voz, que temos aqui realmente um grande déficit, que afeta inclusive a Justiça. Muitas prisões preventivas desnecessárias. Vossa Excelência tem liderado todo este processo que visa a nacionalizar a iniciativa das chamadas audiências de custódia exatamente para minimizar as prisões preventivas que, sabemos nós, muitas vezes, levam depois a um tipo de perversão: pessoas que foram flagradas cometendo um crime pouco significativo, daqui a pouco se tornam emissários vinculados a essas organizações criminosas, como já apontou o ministro Barroso. (p.150)

O voto do Ministro Marco Aurélio surge com o argumento da insegurança (indicador P1), no qual faz referência a uma “época da criminalidade no atacado”:

Presidente, em época de criminalidade no atacado – e não preciso me referir a este ou aquele caso –, o tempo do Plenário é absorvido em discussões, que já apontei como intermináveis, sobre um tipo de clareza solar, segundo o Código Penal, que está em vigor há setenta e quatro anos.(p.155)

A partir daí, desenvolve uma linha de raciocínio na qual o surgem apenas indicadores L7 (legislação penal) e L9 (separação de poderes), que se intercalam:

Não tenho, Presidente, como fugir a essas disposições legais. Não tenho como, ante o princípio da legalidade estrita – e é linear, não cabendo distinguir a observância, ou não, em tal ou qual situação –, como buscar fazer justiça, sob pena de grassar a insegurança. (indicador L9)

Resta a matéria alusiva ao regime de cumprimento da pena. Também aqui há balizamento normativo muito claro, do artigo 33 do Código Penal. (indicador L7)

O regime de cumprimento semiaberto ou aberto somente é possível – a não ser que se declare a inconstitucionalidade dos preceitos – em não se tratando de reincidente. Está-se no campo da opção normativa criminológica e numa quadra – repito – de delinquência saltitante, de delinquência maior. (indicador L9)

Não cabe ao Tribunal olvidar o que está no artigo 33 do Código Penal e, que os regimes semiaberto e aberto somente são observáveis em se tratando de agente criminoso que não tenha a qualificação de reincidente. (L7) Sendo reincidente, não há campo para acionarem-se os preceitos no que versam esses regimes, sob pena de o Supremo se arvorar em autor de um novo Código Penal. (L9)

Em síntese, o voto do Ministro afirma que o caso concreto deve ser resolvido com base no Código Penal (e não na Constituição, como seria esperado de corte “guardião” da Constituição”), e que o Judiciário deve respeitar a decisão do legislador de criminalizar determinadas condutas. Aplicar o princípio da insignificância seria descriminalizar uma conduta previamente criminalizada pelo legislador. Não há no voto qualquer referência ao significado do princípio, nem a relação desse com princípios constitucionais.

3.2 O discurso do Direito Penal do autor

O discurso presente nos oito votos do HC 123.108 e no RE 453.00 é o do Direito Penal do autor. O Direito Penal do autor não é apenas aquele que criminaliza grupos étnicos, como o Direito Penal da Alemanha Nacional Socialista. Como já

ressaltado anteriormente, atualmente a ideia de “periculosidade” pode ser entendida como central na construção do que poderíamos chamar de um Direito Penal do autor contemporâneo, pois não apenas o fato praticado pelo indivíduo é analisado no processo punitivo, mas também a individualidade do agente. O sujeito tido como perigoso é tratado como inimigo da “sociedade”, de modo que a punição recai não apenas sobre o fato praticado pelo indivíduo, mas também sobre o perigo que aquele sujeito representa.

O surgimento do Estado de Direito de bases liberais, que tem como um dos pressupostos básicos a legalidade material, pressupõe a existência de critérios objetivos mínimos que evitem que o poder punitivo se volte contra a subjetividade dos indivíduos. Apenas condutas que lesionem ou coloquem em risco concreto os bens jurídicos devem ser punidas.

Nos oito votos do julgado do HC 123.108 que foram no sentido de não concederem à ordem no caso concreto, há uma forte presença dos indicadores *pathos* (P1, P2, P3 e P4). Tais argumentos quase sempre surgiram logo no início dos votos. Logo no início da argumentação os votos procuravam deixar claro que o caso analisado não se tratava de um mero furto de pequeno valor, pois além do valor do bem subtraído, o indivíduo em si representa um risco para a paz social. O argumento predominante nos votos não foi o do indivíduo perigo, mas sim o da insegurança e da impunidade, sempre articulados de maneira abstrata. Parte dos votos utilizou-se do indicador P4, ao demonstrarem preocupação com as vítimas. Notadamente no voto do Ministro Fachin, mas também presente nos votos do Ministro Fux, Lúcia e Mendes, há referências expressas às vítimas. Aqui o argumento parece ter surgido como forma de autodefesa contra eventual acusação de seletividade penal, por se é uma forma de demonstrar preocupação com indivíduos de grupos sociais que historicamente são mais vulneráveis ao sistema penal. De fato, como apontamos anteriormente, a doutrina ainda não oferece uma construção de critérios objetivos para determinação da insignificância o bem jurídico, mormente em crimes patrimoniais, e o modo como o patrimônio da vítima

dever ser analisado no juízo de lesão ao bem jurídico é pouco problematizado pela doutrina e pela jurisprudência. No entanto, caso se entenda que a conduta praticada no caso analisado não era insignificante, pois para a vítima o valor era significativo, então o fato de o indivíduo ser reincidente deveria ser completamente irrelevante, pois do fato praticado, teria surgido um resultado juridicamente relevante, afinal a patrimônio teria sido lesado de modo não insignificante. Quando a elementar da reincidência surge nos votos, o discurso que é criado é o de que aquele indivíduo representa um perigo para o patrimônio das vítimas, afinal, é a reiteração delitiva que torna a conduta relevante no caso analisado. Na realidade, a “vítima” presente nos argumentos é abstrata. Não há diálogo com o caso concreto, no qual um par de sandálias avaliados em R\$16,00 (dezesesseis reais) foi subtraído de um estabelecimento comercial. Não há individualização do caso analisado em espécie, de modo que nenhum ministro ou ministra desenvolve algum tipo de raciocínio que aponte as particularidades da vítima concreta, particularidades essas que levariam à conclusão de que o valor do bem subtraído efetivamente lesou o bem jurídico.

Nos votos do HC 123.108 ainda se percebe que os indicadores L1 surgem em maior número que os indicadores L2. Não necessariamente há um problema em decisões com viés auto referencial, pois a segurança jurídica também é muito cara ao Estado de Direito. O problema surge quando decisões iniciais carecem de fundamentações sólidas, mas que ao serem publicadas, adquirem o *status* de um precedente de Corte corte constitucional, que serão utilizadas posteriormente por outros órgãos de jurisdição, pelo próprio STF e até mesmo por trabalhos com pretensões acadêmicas como argumento de autoridade. A partir daí, ocorre o que já apontamos ao longo do trabalho: uma decisão inicial que estabelece postulados genéricos (HC 84.412), passa a ser considerada como uma decisão que estabelece critérios objetivos - no voto do Ministro Fachin o referido precedente é definido como integrante do “patrimônio da jurisprudência brasileira”, quando na realidade o STF não tem qualquer critério dotado de objetividade para aplicar o princípio da insignificância. Como vimos,

nem mesmo a reincidência tem caráter absoluto de causa de afastamento da aplicação do princípio.

Não há definição sobre o conteúdo dos vetores “a mínima ofensividade da conduta do agente”, “a nenhuma periculosidade social da ação”, “o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento” e “a inexpressividade da lesão jurídica provocada”. Tais vetores na realidade justificam qualquer tipo de decisão e de desenvolvimento argumentativo. Veja-se que o Ministro Celso de Mello, o “criador” dos vetores, votou por conceder a ordem no caso concreto, por entender que se faziam presentes as condições para a aplicação do princípio, enquanto o Ministro Fachin fez um desenvolvimento próprio a respeito de tais vetores para justificar a não aplicação do princípio da insignificância aos reincidentes. O voto do relator foi uma proposta de criação de critérios mínimos para a aplicação do princípio da insignificância. No entanto, nos demais votos, os indicadores L1 surgem como mero argumento de autoridade para justificar determinada posição, e em tais casos os precedentes são tratados como harmônicos e objetivos. Há aí uma tentativa de construção de um discurso de que o STF possui uma jurisprudência sólida e harmônica a respeito do princípio, e toda a problemática apresentada no voto do relator é ignorada.

Há ainda em parte dos votos (Teori, Fachin e Lúcia), uma tentativa de encontrar respaldo doutrinário para a suposta incompatibilidade entre reincidência e insignificância. No entanto, não há, nem em teorias finalistas ou funcionalistas, como justificar que a reincidência é relevante na análise da tipicidade, ou seja, que uma condenação contra agente transitada em julgado torne típica uma conduta que de outro modo não seria. As referências doutrinárias dizem respeito apenas aos postulados genéricos do princípio, e não há qualquer tentativa de diálogo com a teoria do delito, ou com a necessidade de controle do poder punitivo em um Estado de Direito.

Assim, os votos dos 8 ministros que votaram por denegar a ordem e pela não aplicação do princípio da insignificância está assentada em frágeis bases argumentativas naquilo que diz respeito aos indicadores *logos*. Em relação aos indicadores *pathos*, o que há em todos esses votos, são discursos que de algum modo tratam a questão da insignificância como algo além do fato em si, mas que de algum modo avaliam a subjetividade do agente e de que modo ele representa um perigo para “a sociedade”. O indivíduo é tratado como nocivo para as comunidades locais (preocupação com vítima e periculosidade), como causador de desordem social (expectativa de punição) ou como causador de medo e inimigo da liberdade (“o medo e a vergonha fragilizam o ser humano”).

A não aplicação do princípio da insignificância aos reincidentes por si só não encontra qualquer compatibilidade com a Constituição de um Estado de Direito, por tornar típica uma conduta que praticada por um indivíduo não reincidente seria considerada atípica, ou seja, a análise da gravidade da conduta para efeito de verificação da ocorrência da insignificância, passa pela análise do próprio autor, e não apenas do fato. Mas, mais que isso, o discurso que constrói a tese de incompatibilidade entre a reincidência e o a insignificância, é substancialmente um discurso do Direito Penal do autor, da punição de personalidades ditas desviantes e de motivações internas tidas como socialmente reprováveis.

O discurso do Direito Penal do autor surge no HC 123.108, sob o disfarce do Direito Penal do fato. A Ministra Cármen Lúcia expressamente menciona a dualidade entre as duas formas de poder punitivo, e insiste que não aplicar o princípio da insignificância aos reincidentes é privilegiar o Direito Penal do fato. No entanto, o que seria um Direito Penal que entende típica uma conduta com base nas circunstâncias pessoais do agente, que não um Direito Penal do autor?. O Direito Penal do fato é o Direito Penal do Estado democrático de direito, e só existe a partir de uma perspectiva

limitadora do bem jurídico, que é fundamental na aferição da existência de conduta criminosa. Não há crime sem lesividade concreta.

No julgado analisado há um forte discurso de defesa social, típico das escolas criminológicas positivistas do Direito Penal do autor (BARATTA, 2002, p.42/43), no qual o indivíduo objeto do poder punitivo é visto não como o representante da sociedade na relação processual penal, mas como antagonista da sociedade, o inimigo que provoca ruptura e desordem social; a personalidade criminosa é tida como inerente ao indivíduo e se volta contra valores estáveis na sociedade; o STF representa o Estado, e desse modo deve punir personalidades desviantes, caso contrário deixaria vítimas desamparadas e seria instaurado um estado de anarquia que colocaria em risco à própria integridade física do agente, que estaria vulnerável aos justiceiros populares; o crime é tratado como natural e associado à determinadas personalidades (o reincidente), de modo que a punição desses indivíduos representa algo positivo para toda a sociedade, e a punição é tratada como forma de proteger a sociedade das personalidades desviantes. Esse discurso de defesa social é a uma das bases do Direito Penal do autor.

Portanto, ao menos em relação ao princípio da insignificância, o discurso do STF não encontra qualquer compatibilidade com o Estado de direito, por impedir um efetivo do controle do poder punitivo, ao rejeitar o bem jurídico como limitador do poder punitivo, e privilegiar um discurso de defesa social que tem como premissa a ideia central de que determinados indivíduos apresentam personalidade punível, seja para constituir a própria tipicidade (como no caso da insignificância), ou para justificar uma maior punição, como na reincidência.

Em relação ao panorama geral da racionalidade discursiva presente nos votos, a análise dos votos contrário à aplicação do princípio aos reincidentes nos permite concluir que a indicação da periculosidade do agente (que associa de modo mais direito a decisão ao Direito Penal do autor) raramente é manejada. Em vez disto,

indicadores *pathos* como a sensação de insegurança (P1) e a expectativa de punição (P3) surgem de maneira mais pronunciada. Quando invocada a situação do sistema carcerário (normalmente sem evidências ou maiores cuidados empíricos) é para dizer que outras leis e medidas administrativas (como as audiências de custódia mencionadas por Fachin) estão tratando de maneira eficiente os problemas apresentados pelo relator.

Dentre os argumentos com indicadores L, a separação de poderes (L9) é invocada para afastar a competência do STF em julgar o caso, confundindo criminalização primária com o dever da Corte em fazer o controle de constitucionalidade de acordo com critérios de validade; uso da previsão legal penal como forma de afastar qualquer forma de análise interpretativa; argumentos invocando princípios morais e princípios “superiores” à Constituição: tais como sociedade justa como ideal supraconstitucional, valores ético-morais atribuídas às condutas; uso da teoria penal de modo descontextualizado, como mero argumentos de autoridade (L2). Assim, o que há é uma decisão com argumentos P e L que quase nada fazem de interpretação constitucional, mas produzem uma racionalidade discursiva fundada nas suas experiências e vivências (como em Fux e Lucia), nas teorias do dia a dia (sobre funções do sistema penal na produção da paz), na evocação da lei e da separação de poderes como um modo paroxista eximir o STF de seu papel de Corte Constitucional. É uma realização de uma decisão que suspende garantias e fundamenta um Direito Penal do autor, sem praticamente falar no autor, mas nas consequências da impunidade, na insegurança social e na lei penal, quase mais importante que a Carta Constitucional. Uma decisão na qual a imagem da vítima televisionada ganha status de argumento “legal”, enquanto o princípio da insignificância (completamente amparado em ideais de um Estado democrático de direito) é tido como uma mera invenção doutrinária descolada da realidade.

Conforme tabela abaixo, o indicador L8 (referências à **Constituição**) surge apenas 6 vezes ao longo de todo acórdão, o que corresponde à “bagatela” de 2%

de todas as ocorrências. Apenas o indicador L5 (referências a **dados empíricos**) surgiu em menor proporção, com 4 ocorrências, “insignificante” 1,2% do total de indicadores. Dados preocupantes para uma corte **constitucional** cujos integrantes se esforçaram para demonstrar ao longo de todo acórdão que decidem ancorados na **realidade**.

Indicador	Número de ocorrências	Percentual
P ¹⁶	41	13,8%
L1	81	27,2%
L2	79	26,5%
L3	12	4%
L4	20	6,7%
L5	4	1,3%
L6	18	6%
L7	23	7,7%
L8	6	2%
L9	14	4,7%
TOTAL	298	100%

¹⁶ Os indicadores P foram aqui agrupados, pois a finalidade da tabela é demonstrar a proporção de L5 e L8 em relação aos demais indicadores.

CONCLUSÃO

A pesquisa não teve a pretensão de esgotar todos os aspectos normativos e fenomenológicos do Estado de direito ou esgotar a problemática aplicação prática do princípio da insignificância. Nossa proposta foi analisar a racionalidade discursiva de uma decisão do STF a respeito de um tema sensivelmente ligado ao controle do poder punitivo do Estado. A presente “conclusão” também não se propõe a “concluir” o trabalho no sentido de fechar a cadeia a argumentativa e apresentar todos os achados e conclusões possíveis para os resultados encontrados. Ao invés disso, ou de utilizarmos a conclusão para fazer um resumo do trabalho, iremos propor algumas reflexões sobre o que consideramos ser os principais achados, limitações e possíveis desdobramentos da pesquisa

No levantamento preliminar inicial observamos que existem poucos estudos críticos sobre a aplicação do princípio da insignificância no Supremo Tribunal Federal, e nenhum cujo objeto central de análise seja o discurso presente nas decisões. A compreensão sobre as instituições jurídicas brasileiras sempre será obtusa se apenas o resultado dos julgados for analisado, e os caminhos discursivos das decisões ignorados. Como exemplo, citamos o julgado aqui analisado, transformado em notícia de um *site* “jurídico” com a seguinte manchete “Reincidência não impede aplicação do princípio da insignificância”¹⁷. Em tal “notícia” a racionalidade discursiva que fundamenta o Direito Penal do autor na Corte constitucional brasileira é completamente ignorada. Permanece oculto o discurso violador de garantias fundamentais e típico de formas de poder autoritárias.

¹⁷ <http://jota.uol.com.br/reincidencia-nao-impede-aplicacao-do-principio-da-insignificancia>

Percebemos também que os “vetores” definidos pelo STF para a aplicação do princípio da insignificância surgiram em uma decisão pouco fundamentada (HC 84.412/SP), que na ocasião do julgado não se propôs a formular critérios. Futuros estudos podem apontar de que modo uma decisão despreziosa passa a ser tida pela jurisprudência e pela própria doutrina como uma decisão paradigmática, a ponto de a transcrição da ementa constar da redação original da proposta do Novo Código Penal (§1º do art.28 do PLS 236/2012)¹⁸.

Em relação ao julgado objeto da pesquisa (HC 123.108), com exceção do fundamentado voto do relator Ministro Barroso, nos surpreendemos com a pobreza jurídica da decisão. Os votos revelam pouco domínio de pressupostos básicos do Direito Penal e da relação do controle do poder punitivo com a efetivação concreta do Estado de direito. Há um vazio constitucional nos votos, que pouco ou quase nada tratam de normas constitucionais. No início do trabalho fomos instigados principalmente pela incompatibilidade entre a jurisprudência e doutrina a respeito do princípio da insignificância, mas ao fazermos uma leitura criteriosa do acórdão do HC 123.108, desenvolvemos o objeto de pesquisa ao notarmos que, mais que uma incompatibilidade com a doutrina, há no discurso do STF uma incompatibilidade com a efetivação de garantias fundamentais. Extremamente preocupante observar que uma decisão de uma Corte constitucional a respeito de um princípio limitador do poder punitivo do Estado seja composta por decisões sem “pé nem cabeça” que em dados momentos se aproximam de uma espécie de surrealismo jurídico¹⁹ ou de uma conversa de mesa de bar²⁰.

¹⁸ Curiosamente o único vetor que foi deixado de fora da proposta legislativa foi o de “nenhuma periculosidade social da ação”.

¹⁹ *Vide*: “a reincidência não é tida, diretamente, como causa de afastamento da alegação de atipicidade da conduta. A reincidência é tida como causa de afastamento da aplicabilidade do princípio da insignificância. Uma vez declarada que a conduta é significativa, aí sim, declara-se sua tipicidade”

²⁰ *Vide*: “Recentemente, um jornalista da TV Globo estava entrevistando uma senhora sobre a recorrência de furtos de cordões em determinado lugar. E, exatamente no momento da entrevista, um jovem passou e arrancou o cordão. O repórter correu atrás do rapaz que havia cometido esse ilícito, mas não conseguiu

Embora tenhamos utilizados determinados pressupostos teóricos, reconhecemos que alguns deles apresentam limitações, mas a presente conclusão não é o espaço adequado para tais reflexões. Por ora, registre-se que a maior limitação que enxergamos na pesquisa é o próprio método de análise retórica, que se utiliza de uma teoria da comunicação aristotélica formulada inicialmente na antiguidade grega e analisa apenas o discurso. Para uma análise menos obtusa do discurso jurídico, entendemos ser necessária a utilização da contribuição de todo o desenvolvimento de teorias da comunicação contemporâneas, que permitiria compreender a racionalidade discursiva a partir do contexto e do meio no qual surge o discurso.

Em relação ao controle de constitucionalidade por parte do STF, os achados da pesquisa sobre a ausência de discurso constitucional podem ser ampliados com estudos mais amplos que investiguem se esse comportamento está presente em outros julgados, o que poderia demonstrar que, ao invés de exercer um efetivo controle de constitucionalidade, a Corte constitucional brasileira na realidade opera em um cenário em que há um completo domínio de um decisionismo. Outra questão relevante diz respeito ao papel do poder judiciário em um Estado democrático no qual um dos princípios basilares é a separação dos três poderes. Ao longo do acórdão as referências à separação dos três poderes sempre surgiram não para delimitar até que ponto cabe o judiciário intervir na decisão do legislador, mas para eximir o tribunal de analisar a questão constitucional presente no caso concreto. A partir daí, é possível desenvolver um estudo que analise o discurso do STF a respeito da separação dos três poderes, e responda questões como: em que contexto surge tal discurso, se é um discurso legitimador de ativismo judicial ou de contenção judiciária, ou mero instrumento retórico para legitimar uma efetiva ausência de controle de constitucionalidade.

alcançá-lo e ela disse: o problema não é o valor do cordão; o problema é a humilhação que nós sofreremos pela impotência de reação e pelo desapossamento que eu fui vítima, o que revela um desprezo pela minha pessoa, conquanto ser humano.”

Outro ponto a ser explorado é analisar no direito comparado se há algum equivalente para o “princípio da insignificância”. Ao traduzir o resumo para o “*abstract*” percebemos que em língua inglesa, a tradução mais adequada para o princípio da insignificância seria “*harm principle*”, desenvolvido por Stuart Mill no século XIX. Esse princípio de bases fundamentalmente liberais não é tido como um princípio exclusivamente do Direito Penal. Antes disso, é um princípio sobre a relação do Estado com os indivíduos, sendo também aplicável a outras áreas jurídicas. A partir daí, poderíamos entender como questão das condutas insignificantes é resolvida em outros ambientes jurídicos, e partir para uma análise crítica da produção jurídica brasileira sobre o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, versão digital.

_____. **Retórica Analítica como metódica jurídica**. Revista Argumenta do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, nº 18, pg. 22, 2013

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUER, Martin W., GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som – um manual prático**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2008

BEIRAS, Iñaki Beiras. **Pena Criminal: seus caminhos e possíveis formas, tradução de Denise Hammerschmidt**. Curitiba: Juruá, 2012.

BEDA, Caroline Ataíde de Figueiredo. **A busca da verdade real como uma estratégia retórica: a legitimação do poder punitivo através da promessa de segurança jurídica**. 2015. 96 f. Monografia (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

BITENCOURT, Cezar Robert. **Tratado de direito penal: parte geral I**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

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

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 123108**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 05/08/2015, PUBLIC 01-02-2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 120438**, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 11/02/2004, PUBLIC 12-03-2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 113483**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 28/05/2013, PUBLIC 01-08-2014.

CARVALHO, Salo de. **Como (não) se fazer um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, versão digital.

_____. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. 2011. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL DA USP. Diversos autores. **O Princípio da Insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudo-principio-insignificancia.docx>> Acesso em: 29 jun. 2015

FERRAJOLI, Luigi. **Direito Penal e Razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir - história da violência nas prisões**. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013

HOGA, Priscila Aki. **O princípio da insignificância no Direito Penal: uma análise na jurisprudência do STF**. 2008. Monografia Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2008.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JESUS, Damário E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001

MARTIN, Victor Gómez. **El derecho penal de autor**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2007.

NASSAR, Gabriela Ribeiro Fanti. **A Insignificância do descaminho e do furto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito)—Escola de Direito Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAMALHO, Andréa Ávila. **Princípio da insignificância: considerações sobre atipicidade material e desproporcionalidade da pena**. 2013. 69 f. Monografia (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

REIS, Isaac. **Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional: uma contribuição metodológica para a pesquisa de base em Direito**. In: Conpedi/UFSC. (Org.). Direito, Educação, ensino e metodologia jurídicos. Florianópolis, SC: CONPEDI, 2014.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma Leitura Externa do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOBOTA, Katharina. **The rhetorical construction of law. in: International Journal for the**

Semiotics of law. Vol. V, n. 13, p. 39-54, 1992.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000

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

_____. **O inimigo no Direito Penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Raul Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general.** 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Raul Eugenio, ALAGIA, Alejandro, BATISTA, Nilo, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Direito penal brasileiro II.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010

ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume I, parte geral.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.